

**Hochschule für öffentliche Verwaltung und
Finanzen Ludwigsburg**

**Vergleich des Rechtsschutzes im
Vergabeverfahren ober- und unterhalb der
Schwellenwerte**

Master-Thesis

**Zur Erlangung des Grades eines
Master of Arts (M. A.)
im Master-Studiengang Public Management**

vorgelegt von:

Ingo Maihöfer

Studienjahr: 2017

Erstgutachter: Prof. Dr. Gordon von Miller

Zweitgutachter: Julian Aleker (LL.M)

Abstract

Das Vergaberecht unterliegt einer Zweiteilung in die Bereiche ober- und unterhalb der Schwellenwerte der EU-Vergaberichtlinien. Diese Zweiteilung zieht abweichende Regelungen in Bezug auf den Rechtsschutz nach sich, was für öffentliche Auftraggeber in der Praxis eine besondere Herausforderung darstellt. Diese Arbeit vergleicht daher die Rechtsschutzmöglichkeiten für Bieter ober- und unterhalb der Schwellenwerte. Dabei werden die Voraussetzungen des Rechtsschutzanspruchs, der Rechtsweg und einzelne bieterschützende Vorschriften analysiert. Im Zuge des Vergleichs der Rechtsschutzmöglichkeiten wird auch erörtert, ob ein Ausbau der Effektivität des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich sinnvoll ist. Die Arbeit zeigt außerdem Risiken für öffentliche Auftraggeber und mögliche Lösungsansätze zur Risikominimierung auf.

Inhaltsverzeichnis

Abstract	II
Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	V
Abbildungsverzeichnis	VIII
Verzeichnis der Anlagen	IX
1 Erkenntnisleitendes Interesse	1
2 Das Vergaberecht	4
2.1 Ziele des Vergaberechts und Merkmale der öffentlichen Beschaffung	5
2.2 Anwendungsbereich des Vergaberechts	7
2.3 Systematische Darstellung der Normhierarchie	11
2.4 Praktisches Problemfeld des Rechtsschutzes im Vergaberecht	14
3 Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte	16
3.1 Voraussetzungen des Rechtsschutzanspruchs oberhalb der Schwellenwerte	19
3.1.1 Voraussetzungen des Primärrechtsschutzanspruchs	20
3.1.2 Einleitung und Durchführung des Nachprüfungsverfahrens	21
3.1.3 Voraussetzungen des Sekundärrechtsschutzanspruchs	25
3.2 Bieterschützende Vorschriften im Oberschwellenbereich	27
3.3 Instanzenzug oberhalb der Schwellenwerte	37
3.3.1 Instanzenzug zur Erlangung von Primärrechtsschutz	38
3.3.2 Instanzenzug zur Erlangung von Sekundärrechtsschutz	41
4 Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	41

4.1	Aktuelle Rechtslage im Unterschwellenbereich	42
4.1.1	Sekundärrechtsschutz im Unterschwellenbereich	43
4.1.2	Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich	44
4.1.3	Entscheidung des BVerfG zum Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich	45
4.1.4	Landesrechtlicher Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich	48
4.2	Voraussetzungen des Rechtsschutzanspruchs im Unterschwellenbereich	49
4.2.1	Voraussetzungen des Primärrechtsschutzanspruchs allgemein	49
4.2.2	Voraussetzungen des Primärrechtsschutzanspruchs bei Vorliegen von Binnenmarktrelevanz	50
4.2.3	Voraussetzungen des Sekundärrechtsschutzanspruchs	52
4.3	Bieterschützende Vorschriften im Unterschwellenbereich	53
4.4	Instanzenzug unterhalb der Schwellenwerte	59
4.4.1	Instanzenzug zur Erlangung von Primärrechtsschutz	60
4.4.2	Instanzenzug zur Erlangung von Sekundärrechtsschutz	63
4.5	Erörterungen zum Ausbau des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich	63
5	Erkennung und Minimierung von Risiken	70
5.1	Kostenrisiko	70
5.2	Projektverzögerungsrisiko	73
5.3	Minimierung von Risiken	74
6	Zusammenfassung	78
	Literaturverzeichnis	82

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	-	Amtsblatt
Abs.	-	Absatz
AEUV	-	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	-	alte Fassung
Art.	-	Artikel
Az.	-	Aktenzeichen
BaWü	-	Baden-Württemberg
BGB	-	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	-	Bundesgesetzblatt
BGH	-	Bundesgerichtshof
BHO	-	Bundeshaushaltsordnung
BIP	-	Bruttoinlandsprodukt
BMF	-	Bundesministerium der Finanzen
BNatSchG	-	Bundesnaturschutzgesetz
bspw.	-	beispielsweise
BVerfG	-	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	-	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	-	beziehungsweise
et al.	-	et alii/ et aliae/ et alia/ und andere
EU	-	Europäische Union
EuGH	-	Gerichtshof der Europäischen Union
e. V.	-	eingetragener Verein
f.	-	folgende
ff.	-	folgende (Plural)
GemHVO	-	Gemeindehaushaltsverordnung
GemO	-	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg
GG	-	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	-	gegebenenfalls
GKG	-	Gerichtskostengesetz
GKZ	-	Gesetz über kommunale Zusammenarbeit

GmbH	-	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVG	-	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	-	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGrG	-	Haushaltsgrundsätzegesetz
HmbVgG	-	Hamburgisches Vergabegesetz
HVTG	-	Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz
i. d. R.	-	in der Regel
inkl.	-	inklusive
i. S. d.	-	im Sinne des/ im Sinne der
i. V. m.	-	in Verbindung mit
Kap.	-	Kapitel
KonzVgV	-	Konzessionsvergabeverordnung
LHO	-	Landeshaushaltsordnung für Baden-Württemberg
lit.	-	littera/ Buchstabe
LVG LSA	-	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt
Nr.	-	Nummer
o. g.	-	oben genannte/ r/ s
OLG	-	Oberlandesgericht
Rn.	-	Randnummer
s.	-	siehe
S.	-	Satz
SächsVergG	-	Sächsisches Vergabegesetz
SektVO	-	Sektorenverordnung
s. o.	-	siehe oben
sog.	-	sogenannte/ r/ s
ThürVgG	-	Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge
u. a.	-	unter anderem
UVgO	-	Unterschwellenvergabeordnung
VergabeVwV	-	Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich

vgl.	-	vergleiche
VgRÄG	-	Vergaberechtsänderungsgesetz
VgV	-	Vergabeverordnung
VK	-	Vergabekammer
VO	-	Verordnung
VOB/A	-	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOL/A	-	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A
VSVgV	-	Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit
VV	-	Verwaltungsvorschrift
VwGO	-	Verwaltungsgerichtsordnung
VwV Beschaffung	-	Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Vergabe öffentlicher Aufträge
VwVfG	-	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZPO	-	Zivilprozessordnung

Abbildungsverzeichnis

- | | | |
|-------------|---|-------------------------------------------------------------------------|
| Abbildung 1 | - | Systematische Darstellung des Vergaberechts im
Oberschwellenbereich |
| Abbildung 2 | - | Systematische Darstellung des Vergaberechts im
Unterschwellenbereich |

Verzeichnis der Anlagen

- | | | |
|----------|---|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Anlage 1 | - | Rundschreiben des BMF vom 01.09.2017 - II A 3 –
H 1012-6/16/10003 :003; 2017/0747681, Az.:
81062.05/00 |
| Anlage 2 | - | Pressemitteilung der Europäischen Kommission zur
Einstellung von Vertragsverletzungsverfahren vom
13.12.2006, IP/06/1786 |
| Anlage 3 | - | Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in
Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für
öffentliche Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise
unter die Vergaberichtlinien fallen vom 01.08.2006,
2006/C 179/02 |
| Anlage 4 | - | Positionspapier des Sächsischen Städte- und
Gemeindetages zur Novellierung des sächsischen
Vergaberechts, Stand: Februar 2016 |
| Anlage 5 | - | Evaluierungsgutachten zum Thüringer
Vergabegesetz |
| Anlage 6 | - | Pressemitteilung Nr. 357 vom 10.10.2017 des
Statistischen Bundesamts zum Umsatz im
Bauhauptgewerbe im Juli 2017 |
| Anlage 7 | - | Stellungnahme des Bauindustrieverbandes
Sachsen/ Sachsen-Anhalt e. V. zur Evaluierung des
Landesvergabegesetzes Sachsen-Anhalt |

1 Erkenntnisleitendes Interesse

Das Vergaberecht kennt auch nach der Vergaberechtsreform vom 18.04.2016 zwei Welten. Die eine oberhalb-, die andere unterhalb der sog. Schwellenwerte. Diese ergeben sich aus Art. 8 der Richtlinie 2014/23/EU bzw. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 15 der Richtlinie 2014/25/EU und legen fest, ab welchen Auftragsvolumina öffentliche Aufträge europaweit auszuschreiben sind. Um die sekundärrechtlichen Vorgaben dieser Richtlinien in nationales Recht umzusetzen, wurde der vierte Teil des GWB geschaffen. Mit der Vergaberechtsreform ist es nun zwar gelungen, eine gewisse Vereinheitlichung hinsichtlich der geltenden Regelungen für den Ablauf der Vergabeverfahren zu schaffen. Allerdings gelten bezüglich ausdrücklicher Regelungen nach wie vor unterschiedliche Bestimmungen bezüglich des Rechtsschutzes für Bieter in den jeweiligen Geltungsbereichen.¹ Während im Oberschwellenbereich mit den einschlägigen Bestimmungen der §§ 155 ff. GWB relativ eindeutige, nachvollziehbare und damit übersichtliche Regelungen bestehen, ist die Situation im Unterschwellenbereich weniger klar geregelt.

So wurden in den Bundesländern Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen im Unterschwellenbereich effektivere Rechtsschutzmöglichkeiten im Vergaberecht geschaffen (s. Kap. 4.1.4). In anderen Bundesländern – wie auch in Baden-Württemberg – existieren solche Möglichkeiten nicht.² Die Möglichkeiten der Bieter haben sich hier im Laufe der Zeit aus der Rechtsprechung entwickelt. Die Folge ist, dass regelmäßig nur die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes³ bzw. der nachträglichen Forderung von Schadensersatz⁴ besteht. Die Möglichkeiten des effektiven vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes sind grundsätzlich nur im Oberschwellenbereich gegeben.⁵

Diese Situation ist nicht nur für die Bieter im Vergabeverfahren undurchsichtig und unbefriedigend, sondern genauso für die Auftraggeber. Wann immer ein Bieter im Rahmen eines Vergabeverfahrens behauptet, in seinen subjektiven

¹ vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 431.

² vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 434 und Leinemann, Rn. 6 sowie § 19 ThürVgG, § 8 SächsVergG und § 19 LVG LSA.

³ vgl. Noch, Rn. 559.

⁴ vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 433 f..

Rechten verletzt worden zu sein, stellt sich je nach anzuwendender Rechtsgrundlage die Frage nach den Rechtsschutzmöglichkeiten für die Bieter. Damit einher gehen natürlich auch Überlegungen zu den möglichen negativen Konsequenzen für die Auftraggeber. Sofern ein Bieter vorträgt, in subjektiven Rechten verletzt worden zu sein, ist es für die Einleitung eines Rechtsschutzverfahrens zunächst unerheblich, ob der öffentliche Auftraggeber tatsächlich - ganz gleich ob vorsätzlich oder fahrlässig - gegen Vergaberecht verstoßen hat. Vor allem im Bereich des insgesamt komplizierten und zersplitterten Vergaberechts führt diese Konstellation zu Verunsicherungen und Unklarheiten auf Seiten der Auftraggeber. Die besondere Herausforderung bei der Anwendung des Vergaberechts ergibt sich aus den teils ähnlichen, im Detail aber doch abweichenden Regelungen in den einschlägigen Normen, also der VOB/A, und der VOL/A bzw. der UVgO sowie der VgV, der SektVO, der KonzVgV und der VSVgV.

Um an das Thema heranzuführen ist es daher zunächst erforderlich in Kap. 2 ff. auszuarbeiten, was sich hinter der Rechtsmaterie des Vergaberechts verbirgt. Anschließend wird in Kap. 3 ff. der Rechtsschutz im Oberschwellenbereich untersucht. Dabei werden zunächst in Kap. 3.1 die Voraussetzungen für den Rechtsschutzanspruch herausgearbeitet. Danach wird in Kap. 3.2 auf die für die Praxis wichtigsten bieterschützenden Vorschriften eingegangen. Schließlich wird in Kap. 3.3 der Instanzenzug oberhalb der Schwellenwerte dargestellt. Anschließend wird ab Kap. 4 entsprechend der Vorgehensweise zum Oberschwellenbereich der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich analysiert, wobei hier zunächst in Kap. 4.1 die Entwicklung desselben bis zum heute aktuellen Rechtsstand im Fokus steht. Hierbei wird auch herausgearbeitet, wie sich der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich in den vergangenen Jahren, konkret im Zeitraum zwischen 1999 und 2017, also seit Einführung eines Rechtsschutzes im Oberschwellenbereich im Rahmen Schaffung der §§ 97 ff. GWB,⁶ aus der Rechtsprechung entwickelt hat. Anschließend werden in Kap. 4.2 die Voraussetzungen des Rechtsschutzanspruchs im Unterschwellenbereich und in Kap. 4.3 die bieterschützenden Vorschriften unterhalb der Schwellenwerte

⁵ vgl. Dobmann, Rn. 664 ff..

untersucht. Dabei werden einzelne Vorschriften mit bieterschützender Zielsetzung den entsprechenden Vorschriften des Oberschwellenbereichs vergleichend gegenübergestellt. Dabei geht es im Kern um die Frage, inwiefern die Rechtsschutzmöglichkeiten im Oberschwellenbereich für die Bieter im Vergabeverfahren günstiger sind. Danach wird in Kap. 4.4 auch der Instanzenzug im Unterschwellenbereich dargestellt. Schließlich wird in Kap. 4.5 anhand der Ergebnisse der vergleichenden Gegenüberstellung des Rechtsschutzes im Ober- und Unterschwellenbereich erörtert, ob ein Ausbau der Effektivität des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich erforderlich ist und welche Auswirkungen ein Ausbau hätte. Anhand der Untersuchungsergebnisse der Arbeit werden zuletzt in Kap. 5 ff. die für die Praxis relevantesten Risiken aufgezeigt und mögliche Ansätze zur Minimierung der Risiken ausgearbeitet.

Im Rahmen der Arbeit werden nicht alle vergaberechtlichen Teilbereiche vertieft untersucht. Es erfolgt keine vertiefte Betrachtung der Vergabevorschriften der VSVgV. Denn einerseits sind die einschlägigen Vorschriften zum Rechtsschutz im Oberschwellenbereich im GWB zentral verankert. Andererseits liefert die Beschäftigung mit speziellen Regelungen zur Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträgen keinen inhaltlichen Mehrwert für die Arbeit. Teilweise erfolgt im Unterschwellenbereich ein Vergleich zwischen einschlägigen Regelungen für öffentliche Auftraggeber des Bundes auf der einen und der Länder und Kommunen auf der anderen Seite sowie der Regelungen in verschiedenen Bundesländern. Um die Arbeit in vertretbarem Umfang zu halten, müssen Vergleiche jeweils nur zu den für Baden-Württemberg und dessen Kommunen einschlägigen Vorschriften angestellt werden. Ergänzend werden die speziellen landesrechtlichen Regelungen zum Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich der Länder Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen einbezogen. Zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Arbeit ist die UVgO bereits durch entsprechende Änderungen des § 30 HGrG und des § 55 BHO sowie der Neufassung der VV zu § 55 BHO⁷ auf Bundesebene⁸ zur Anwendung vorgeschrieben. Darüber hinaus hat

⁶ vgl. Burgi, S. 45.

⁷ vgl. Rundschreiben des BMF vom 01.09.2017 - II A 3 - H 1012-6/16/10003 :003; 2017/0747681, Az.: 81062.05/00, S. 4 ff..

⁸ vgl. BGBl. I, Nr. 57/2017, S. 3122.

bislang lediglich Hamburg durch eine Änderung des HmbVgG⁹ sowie der Landeshaushaltordnung für Hamburg¹⁰ die Einführung der UVgO beschlossen. Für Baden-Württemberg existiert kein entsprechender Anwendungserlass für Landes- oder Kommunalbehörden über die LHO bzw. kommunale Vergabevorschriften. Soweit sich die Arbeit auf Unterschwellenvergaben von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bezieht, werden daher sowohl die Regelungen der UVgO als auch der VOL/A untersucht. Mangels ausreichend einschlägiger Rechtsprechung und nur in geringem Umfang verfügbarer Kommentierung zur UVgO, wird – soweit möglich – auf Rechtsprechung und Kommentierung gleichlautender Regelungen des ersten Abschnitts der VOL/A bzw. gleichlautender Regelungen der VgV zurückgegriffen. Da der Rechtsschutz im Vergabeverfahren im Fokus der Arbeit steht, wird lediglich die Einleitung und Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach dem vierten Teil des GWBs vor der Vergabekammer untersucht (s. Kap. 3.1.2). Mangels vergabespezifischer Regelungen erfolgt jedoch keine Betrachtung der Verfahrensabläufe nach der ZPO vor den ordentlichen Gerichten.

Darüber hinaus soll ausdrücklich nur der Rechtsschutz für Bieter gegenüber öffentlichen Auftraggebern untersucht werden. Der Rechtsschutz im Rahmen des Kartellrechts für öffentliche Auftraggeber bei Rechtsverstößen der Bieter bleibt unberücksichtigt.

2 Das Vergaberecht

Beschaffungen der öffentlichen Hand unterscheiden sich von denen privater Unternehmen. Die Rahmenbedingungen und der Ablauf der Beschaffungsverfahren unterliegen mit dem Vergaberecht besonderen Vorschriften. Das Vergaberecht bezeichnet also die Gesamtheit aller Normen, welche von öffentlichen Auftraggebern bei der Beschaffung von Leistungen zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben beachten werden müssen.¹¹ Als Verständnisgrundlage für die nachfolgenden Kapitel werden daher im Folgenden

⁹ vgl. § 2a Abs. 1 Nr. 1 HmbVgG.

¹⁰ vgl. § 58 Abs. 1 LHO Hamburg.

¹¹ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 2, <http://www.bverfg.de>.

zunächst die Zielsetzungen und Wesensmerkmale der öffentlichen Beschaffung sowie der Anwendungsbereich des Vergaberechts dargestellt. Schließlich wird die Einbettung des Vergaberechts in die Normhierarchie auf europäischer und nationaler Ebene herausgearbeitet und grafisch veranschaulicht. Zuletzt wird auf das praktische Problemfeld des Rechtsschutzes im Vergabeverfahren eingegangen.

2.1 Ziele des Vergaberechts und Merkmale der öffentlichen Beschaffung

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit vergaberechtlichen Bestimmungen macht es zunächst erforderlich, sich die Unterschiede zwischen privater und öffentlicher Beschaffung zu verdeutlichen.¹² Zum einen sind staatliche Auftraggeber auch bei Beschaffungsvorgängen an die Grundrechte, so bspw. den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG, gebunden. Zum anderen soll mittels rechtlicher Bestimmungen über den Ablauf der Beschaffungsvorgänge der Korruption vorgebeugt werden. Darüber hinaus besitzen öffentliche Auftraggeber oftmals nicht die erforderliche Marktübersicht, um ohne förmliches bzw. öffentliches Verfahren zu wirtschaftlichen Konditionen Waren und Leistungen zu beschaffen.¹³ Außerdem können mittels verbindlicher Vorgaben an öffentliche Auftraggeber, bspw. bezüglich der Auswahl der potenziellen Bieter oder der Wertung der Angebote, politische Ziele unterstützt werden. Bei Verstößen gegen vergaberechtliche Bestimmungen durch öffentliche Auftraggeber haben Bieter daneben unterschiedliche Rechtsschutzansprüche. Unter Umständen kann ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen dazu führen, dass abgeschlossene Verträge unwirksam sind.¹⁴

Das Vergaberecht in Deutschland unterliegt jedoch einer Zweiteilung.¹⁵ Abhängig davon, ob der geschätzte Auftragswert ober- und unterhalb der Schwellenwerte der EU-Richtlinien 2014/23/EU über die Vergabe von Konzessionen, 2014/24/EU über die Vergabe öffentlicher Aufträge und 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich (im Folgenden: „EU-Vergaberichtlinien“) liegt, sind unterschiedliche Vorschriften anzuwendenden. Das ist zum einen darauf

¹² vgl. Hertwig, Rn. 1.

¹³ vgl. Ruthig/ Storr, Rn. 1008 und Hertwig, Rn. 1 ff..

¹⁴ vgl. Hertwig, Rn. 1 ff..

zurückzuführen, dass die EU-Vergaberichtlinien erst ab bestimmten Auftragswerten anzuwenden sind. Zum anderen ist die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nur für den Oberschwellenbereich unstreitig anerkannt.¹⁶ Daraus ergibt sich, dass die Zielsetzungen im Ober- und Unterschwellenbereich voneinander abweichen.

Ziele des Oberschwellenvergaberechts

Die EU-Vergaberichtlinien stützen sich auf den AEUV, vor allem auf die Artikel 53 Absatz 1, Artikel 62 und Artikel 114 AEUV. Bereits die Präambel des AEUV verpflichtet die Unterzeichner zur Förderung des Binnenmarkts innerhalb der Europäischen Union. Darüber hinaus regelt Artikel 114 Abs. 1 AEUV ausdrücklich, dass die nationalen Regelungen zur Förderung des Binnenmarkts angeglichen werden sollen. Die EU-Vergaberichtlinien stellen damit die Konkretisierung der primärrechtlichen Vorgaben des AEUV zur Förderung des Binnenmarkts und das GWB-Vergaberecht die Umsetzung der sekundärrechtlichen EU-Vergaberichtlinien in nationales Recht dar. Ein wesentlicher Regelungsbestandteil des GWB-Vergaberechts sind die den Bietern eingeräumten subjektiven Rechte inkl. damit verbundener Rechtsschutzmöglichkeiten.¹⁷

Ziele des Unterschwellenvergaberechts

Das Unterschwellenvergaberecht stellt hingegen sog. Haushaltsvergaberecht dar. Zielsetzung des Haushaltsvergaberechts ist vor allem die erfolgreiche, aber auch möglichst wirtschaftliche Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Daneben soll Diskriminierung verhindert und ein transparenter Wettbewerb geschaffen werden. Im Gegensatz zum Oberschwellenbereich werden Transparenz und Diskriminierungsfreiheit jedoch nicht in erster Linie unter bieterschützenden, sondern vor allem unter wirtschaftlichen Aspekten betrachtet.¹⁸ Auch im Unterschwellenbereich ist Wettbewerb unter den Bietern erforderlich. Ziel ist aber

¹⁵ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 9, <http://www.bverfg.de>.

¹⁶ vgl. Burgi, S. 45 und S. 285.

¹⁷ vgl. Burgi, S. 10.

¹⁸ vgl. Burgi, S. 275.

nicht die Schaffung von Wettbewerb um seiner selbst willen oder gar die Ausgestaltung einer speziellen Wettbewerbsordnung.¹⁹ Der Wettbewerb ist vielmehr Mittel zum Zweck, um das Ziel der wirtschaftlichen Beschaffung zu erreichen.²⁰

2.2 Anwendungsbereich des Vergaberechts

Für Vergaben im Oberschwellenbereich sind nach § 115 GWB die Vorschriften des vierten Teils des GWB auf die Vergabe öffentlicher Aufträge und die Ausrichtung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber anzuwenden. Zunächst müssen also die beiden zentralen Begriffe des § 115 GWB erläutert werden. Dabei handelt es sich zum einen um den Begriff des öffentlichen Auftrags, zum anderen um den Begriff des öffentlichen Auftraggebers.

Der öffentliche Auftrag

Nach § 97 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben. Ein öffentlicher Auftrag liegt unstreitig vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber Waren, Bau- oder Dienstleistungen beschafft. Im Gegensatz zu den vorangegangenen Vergaberichtlinien ist nach den aktuellen EU-Vergaberichtlinien und damit auch nach der aktuellen Fassung des § 97 Abs. 1 GWB nicht mehr zwingend ein Beschaffungsvorgang erforderlich, damit der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet ist. Es ist grundsätzlich das gesamte öffentliche Auftragswesen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst, sofern der Auftrag einen Beschaffungscharakter aufweist.²¹ Konkretisiert wird der Begriff des öffentlichen Auftrags in § 103 GWB. Ein öffentlicher Auftrag liegt demnach immer dann vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber am freien Beschaffungsmarkt aktiv ist und anstrebt, eine der in § 103 Abs. 1 GWB aufgeführten Auftragsarten an einen Dritten außerhalb seiner eigenen Organisation zu vergeben.²² Der Vertrag muss dabei jedoch nicht zwingend entgeltlich sein. Es ist bereits ausreichend,

¹⁹ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 62, <http://www.bverfg.de>.

²⁰ vgl. Burgi, S. 275.

²¹ vgl. Kulartz et al., Rn. 12 ff. zu § 97 GWB.

wenn die durch den öffentlichen Auftraggeber gewährte vertragliche Vergütung einen geldwerten Vorteil darstellt.²³

Der öffentliche Auftraggeber

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers ist definiert in § 98 GWB. Die Aufzählung des § 98 GWB ist dabei abschließend.²⁴ Danach sind die nach § 99 GWB aufgezählten öffentlichen Auftraggeber, die in § 100 GWB benannten Sektorenauftraggeber sowie nach § 101 GWB Konzessionsgeber zur Anwendung des vierten Teils des GWB verpflichtet. Letztere rekrutieren sich jedoch aus dem Kreis der öffentlichen bzw. Sektorenauftraggeber. Folglich ist der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach EU-rechtlichen Gesichtspunkten weiter gefasst als im Unterschwellenbereich. Die Definition des Oberschwellenbereichs umfasst neben öffentlichen Auftraggebern u. a. auch öffentliche Einrichtungen und Unternehmen sowie nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB auch Private, die einer Sektorentätigkeit i. S. d. § 102 GWB nachgehen,²⁵ soweit dies auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten erfolgt, welche von einer zuständigen Behörde gewährt werden. Beispiele hierfür sind die Nutzung von Wasserkraft, wenn dadurch die anderweitige Gewässernutzung durch Dritte unmöglich wird, die Errichtung und der Betrieb von Verkehrsflughäfen oder auch Linienverkehrsgenehmigungen.²⁶ Eine Sektorentätigkeit ist demnach bspw. gegeben, wenn der Auftraggeber einer Tätigkeit im Bereich der Versorgung mit Wasser oder Elektrizität oder im Bereich der Verkehrsdienstleistungen nachgeht.

Binnenmarktrelevanz

Im Übergangsbereich vom Ober- zum Unterschwellenbereich lassen sich verschiedene Grundsätze des Oberschwellenbereichs bei Vorliegen sogenannter Binnenmarktrelevanz auf den Unterschwellenbereich übertragen. Binnenmarktrelevanz ist gegeben, wenn Aufträge auch unterhalb der

²² vgl. Kulartz et al., Rn. 9 f. zu § 103 GWB.

²³ vgl. Leinemann, Rn. 84.

²⁴ vgl. Leinemann, Rn. 47.

²⁵ vgl. Burgi/ Dreher, Rn. 6 zu § 98 GWB.

²⁶ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 17 zu § 98 GWB.

Schwellenwerte für ausländische Unternehmen interessant sein könnten.²⁷ Ob ein Auftrag Binnenmarktrelevanz besitzt, muss im Einzelfall beurteilt werden. Im Rahmen der Prognoseentscheidung muss der öffentliche Auftraggeber daher zum einen die räumliche Lage des Ortes der Leistungserbringung berücksichtigen.²⁸ Darüber hinaus muss er prüfen, ob ein grenzüberschreitendes Interesse ausländischer Unternehmen an der Auftragsausführung anhand der Marktverhältnisse – konkret des potenziellen Bieterkreises sowie des Auftragsvolumens – bestehen könnte.²⁹ Ein konkreter Schwellenwert, ab welchem Binnenmarktrelevanz angenommen werden kann, existiert nicht. Teilweise wird die Auffassung vertreten, diese sei bereits bei 10% des maßgeblichen Schwellenwerts gegeben.³⁰ Anders sieht dies jedoch die Europäische Kommission, welche im Jahr 2006 ein wegen vermeintlicher Binnenmarktrelevanz eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einstellte. Dabei ging es um die freihändige Vergabe diverser Planungsleistungen in der Stadt Müritz im Wert zwischen 6.000,00 € und 26.500,00 €. Die Europäische Kommission erachtete die Aufträge nicht als binnenmarktrelevant, da diese jeweils nur ca. 10% des maßgeblichen Schwellenwertes erreichten.³¹ Ein pauschaler Schwellenwert unterhalb der Schwellenwerte der EU-Vergaberichtlinien würde außerdem zu einer Aufweichung bzw. Umgehung letzterer führen. Das gilt unabhängig von der Höhe eines möglichen „Binnenmarkt-Schwellenwerts“. Da jedoch die Europäische Kommission Aufträge mit einem Volumen von bis zu 10% der Schwellenwerte offensichtlich als nicht binnenmarktrelevant einstuft, ist für öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen mit entsprechend kleinen Volumina die Prüfung der Binnenmarktrelevanz entbehrlich. Umgekehrt kann ein Wert von 10% des maßgeblichen Schwellenwerts für öffentliche Auftraggeber eine sinnvolle Grenze für das Einleiten einer Prüfung der o. g. Voraussetzungen bezüglich des Vorliegens von Binnenmarktrelevanz darstellen.

²⁷ vgl. BGH, Urteil vom 30.08.2011, X ZR 55/10, Rn. 12, <https://www.jurion.de>.

²⁸ vgl. Hertwig, Rn. 51.

²⁹ vgl. BGH, Urteil vom 30.08.2011, X ZR 55/10, Rn. 12, <https://www.jurion.de>.

³⁰ vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 432.

³¹ vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 13.12.2006 zur Einstellung von Vertragsverletzungsverfahren, IP/06/1786, S. 2.

Anwendungsbereich des Unterschwellenvergaberechts

Adressat des Unterschwellenvergaberechts als Haushaltsrecht sind unmittelbar nur die öffentlichen Gebietskörperschaften nach § 99 Abs. 1 GWB, konkret also Bund, Länder und Kommunen.³² Für sie ergibt sich aus der BHO, der jeweiligen LHO oder kommunalwirtschaftlichen Bestimmungen die Anwendungsverpflichtung des Unterschwellenvergaberechts (s. Kap. 2.3). Sofern das Haushaltsvergaberecht von anderen öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierten Auftraggebern angewandt werden soll, bedarf dies grundsätzlich ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen oder aber der Verankerung in den Nebenbestimmungen von Zuwendungsbescheiden bei mit Fremdmitteln geforderten Maßnahmen.³³ So ergibt sich aus Ziffer 1.2 i. V. m. Ziffer 4.4 der VwV Beschaffung eine solche Anwendungsverpflichtung für alle Behörden und Betriebe des Landes, sowie alle landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts, welche § 55 der LHO unmittelbar oder nach § 105 LHO mittelbar zu beachten haben. Für den kommunalen Bereich in Baden-Württemberg definiert Ziffer 1 der VergabeVwV den Begriff des kommunalen Auftraggebers. Dieser umfasst danach alle kommunalen Gebietskörperschaften, sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie – unter bestimmten Voraussetzungen – auch Sonder- und Treuhandvermögen kommunaler Auftraggeber.

Allerdings ergibt sich im Unterschwellenbereich für privatrechtliche Unternehmen in öffentlicher Hand, welche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB sind, die Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts bei Vorliegen von Binnenmarktrelevanz.³⁴ Da Binnenmarktrelevanz bereits ab 10% des maßgeblichen Schwellenwerts gegeben sein kann, ergibt sich auch im Unterschwellenbereich eine faktische Verpflichtung für die vorgenannte Gruppe von Auftraggebern, sich zumindest mit vergaberechtlichen Bestimmungen zu befassen und sie ggf. auch anzuwenden.

³² vgl. Burgi, S. 275.

³³ vgl. Burgi, S. 275.

³⁴ vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 376 f..

Anwendungsausnahmen

Bestimmte Arten von Auftragsvergaben sind jedoch auch für den grundsätzlichen Adressatenkreis öffentlicher Auftraggeber von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen. Im vierten Teil des GWB regeln die §§ 107 – 109 die einzelnen Ausnahmetatbestände. So sind bspw. die Vergabe von bestimmten Feuerwehr- und Rettungsdiensten nach § 107 Abs. 4 GWB³⁵ sowie die Vergabe öffentlicher Aufträge an ein Unternehmen, welches vom öffentlichen Auftraggeber allein kontrolliert wird (sog. In-House-Geschäfte), nach § 108 Abs. 1 GWB von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen.³⁶

2.3 Systematische Darstellung der Normhierarchie

Wie unter 2.1 und 2.2 dargestellt ergeben sich für Ober- und Unterschwellenvergaberecht unterschiedliche rechtliche Ursprünge und Zielsetzungen. Diese Unterschiede lassen sich gut anhand des Aufbaus der Normhierarchie für das Ober- und Unterschwellenvergaberecht herausarbeiten.

Im Oberschwellenbereich ergibt sich aus dem Primärrecht des AEUV die Grundlage für die sekundärrechtlichen EU-Vergaberichtlinien.³⁷ Neben den o. g. zentralen Art. 53 Abs. 1, Art. 62 und Art. 114 AEUV stellen die Grundfreiheiten eine weitere Basis des Vergaberechts dar. Diese sind enthalten in den Artikeln 34 AEUV (Warenverkehr),³⁸ Art. 49 f. AEUV (Niederlassungsfreiheit),³⁹ Art. 63 AEUV (Kapitalverkehr) sowie den Art. 101, 102, 106 und 107 AEUV (Wettbewerbsbestimmungen und Verbot binnenmarkt- und wettbewerbsschädlicher Maßnahmen durch die Mitgliedsstaaten).⁴⁰ Die EU-Vergaberichtlinien als Konkretisierung des Primärrechts bedurften jedoch noch der Umsetzung in nationales Recht,⁴¹ was in Deutschland in Form des GWB sowie einer Ermächtigung der Bundesregierung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach § 113 GWB erfolgt ist. Im Rahmen dieser Ermächtigung

³⁵ vgl. Kulartz et al., Rn. 33 zu § 107 GWB und Leinemann, Rn. 132.

³⁶ vgl. Kulartz et al., Rn. 24 zu § 108 GWB und Leinemann, Rn. 134 f..

³⁷ vgl. Burgi, S. 25 f. und Hertwig, Rn. 26.

³⁸ vgl. Burgi, S. 30 f..

³⁹ vgl. Ruthig/Storr, Rn. 1009.

⁴⁰ vgl. Burgi, S. 30 f..

⁴¹ vgl. Burgi, S. 38.

wurden die VgV, die SektVO, die VSVgV sowie die KonzVgV erlassen.⁴² Die Verpflichtung zur Anwendung des zweiten Abschnitts der VOB/A für Bauvergaben im Oberschwellenbereich ergibt sich jedoch aus einem Verweis über § 2 VgV.⁴³ Analog hierzu enthält § 2 Abs. 2 VSVgV einen Verweis zur Anwendung des dritten Abschnitts der VOB/A. Daraus ergibt sich folgende systematische Darstellung:

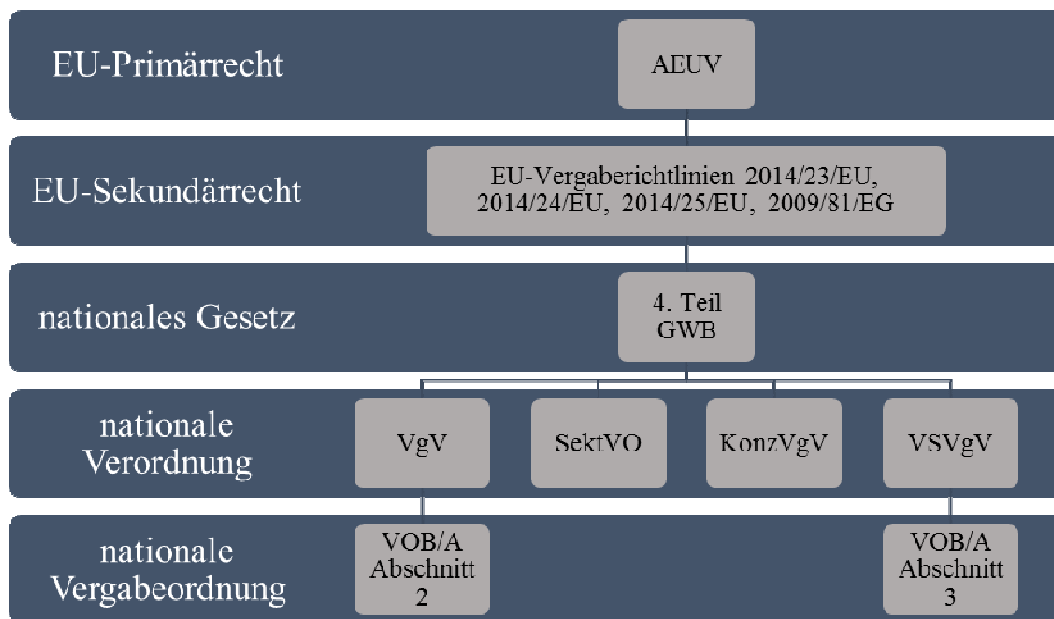


Abb. 1: systematische Darstellung des Vergaberechts im Oberschwellenbereich, eigene Darstellung angelehnt an Burgi, S. 23 ff., Hertwig, Rn. 26 und Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 14 ff..

Die Vorschriften des Unterschwellenvergaberechts – konkret der erste Abschnitt der VOB/A sowie die VOL/A bzw. die UVgO als anzuwendende Verdingungsordnungen – bedürfen einer gesetzlichen Bestimmung, welche ihre Anwendung vorschreibt.⁴⁴ Diese ergeben sich aus haushaltsrechtlichen Bestimmungen, weshalb das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte als sog. Haushaltsvergaberecht bezeichnet wird.⁴⁵ Für Auftraggeber des Bundes ergibt sich die Verpflichtung zur Anwendung der Verdingungsordnungen aus § 30 HGrG i. V.

⁴² vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 14 f. und Burgi/ Dreher, Rn. 3 zu § 113 GWB.

⁴³ vgl. Burgi/ Dreher, Rn. 4 zu § 113 GWB.

⁴⁴ vgl. Burgi, S. 9 f. und Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/ UVgO, Rn. 20 zu § 1 UVgO.

⁴⁵ vgl. Burgi, S. 275 und Hertwig, Rn. 22 f..

m. § 55 Abs. 1 BHO i. V. m. VV Nr. 2.3.1 und 2.3.2 zu § 55 BHO.⁴⁶

Für landesunmittelbare und mittelbare Auftraggeber des Landes Baden-Württemberg ergibt sich die Verpflichtung entsprechend aus § 30 HGrG i. V. m. § 55 Abs. 1 LHO i. V. m. VV Nr. 3. zu § 55 LHO.⁴⁷ Zusätzlich verweist die nach Ziffer 1.2 für unmittelbare und mittelbare Landesauftraggeber einschlägige VwV Beschaffung unter Ziffer 4.4 auf die LHO sowie die Verwaltungsvorschriften hierzu.

Im Rahmen des § 144 Nr. 14 GemO ist das Innenministerium Baden-Württemberg zum Erlass von Verwaltungsvorschriften und Rechtsverordnungen u. a. zur Haushaltsführung der Kommunen ermächtigt. Für den Bereich des Vergaberechts sind hier die GemHVO sowie die VergabeVwV maßgeblich. Für die Gemeinden in Baden-Württemberg ergibt sich daher aus § 31 Abs. 1 GemHVO i. V. m. Ziffer 2.1.1 der VergabeVwV die Pflicht zur Anwendung der VOB/A. Die VOL/A hingegen ist nach Ziffer 2.3.1 der VergabeVwV den Kommunen lediglich zur Anwendung empfohlen. Allerdings hat die Empfehlung an Stelle einer Verpflichtung praktisch wenig Relevanz. Die Vorgabe des § 31 GemHVO einer öffentlichen Ausschreibung den Vorrang einzuräumen, dient vor allem der Umsetzung der Verpflichtung zu Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit aus § 77 Abs. 2 GemO.⁴⁸ Sofern sich die kommunalen Auftraggeber also gegen die Anwendung der VOL/A entscheiden würden, müssten sie den Beweis führen, trotz abweichender Vorgehensweise noch eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung zu gewährleisten. Die Entwicklung eigener und von der VOL/A abweichender Verfahrensabläufe zur Gewährleistung wirtschaftlicher Beschaffungen sind in Anbetracht des damit verbundenen Aufwands und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit für die Kommunen wenig attraktiv. Die Normhierarchie im Unterschwellenbereich lässt sich wie folgt grafisch darstellen:

⁴⁶ vgl. Burgi, S. 276 und Hertwig, Rn. 22 f..

⁴⁷ vgl. Burgi, S. 276.

⁴⁸ vgl. Pötzsch/ Faiß, Erläuterungen zu § 31 GemHVO, letzter Abruf: 23.09.2017.

Ebene	Bund	Land BaWü	Kommunen in BaWü
Bundes- gesetz	HGrG BHO	HGrG	
Bundes-VV	VV-BHO		
Landes- gesetz		LHO	GcmO
Landes- VV und VO		VV-LHO VwV Beschaffung	GcmHVO VergabeVwV
Vergabe- ordnung	VOB/A Abschnitt 1 UVgO	VOB/A Abschnitt 1 VOL/A Abschnitt 1	VOB/A Abschnitt 1 VOL/A Abschnitt 1

Abb. 2: systematische Darstellung des Vergaberechts im Unterschwellenbereich, eigene Darstellung angelehnt an Burgi, S. 9 f. sowie S. 275 ff. und Hertwig, Rn. 22 f..

2.4 Praktisches Problemfeld des Rechtsschutzes im Vergaberecht

Das Vergaberecht im Ober- und Unterschwellenbereich folgt unterschiedlichen Zielen und ist bezüglich der anzuwendenden Normen unterschiedlich aufgebaut. Daraus resultieren für dieselben Auftragsarten teilweise abweichende Regelungen. Neben einigen Abweichungen bezüglich des Ablaufs der Vergabeverfahren – bspw. bei den Verfahrensarten nach §§ 119 f. GWB auf der einen und nach §§ 3 f. VOB/A, §§ 8 ff. UVgO bzw. § 3 VOL/A auf der anderen Seite – entfalten vor allem die Unterschiede im Rechtsschutz praktische Relevanz.

Im Unterschwellenbereich werden zwischen 90%⁴⁹ und 95%⁵⁰ aller Beschaffungsvorgänge durchgeführt. Dennoch gibt es normativ umfassend geregelten Rechtsschutz lediglich im Oberschwellenbereich. Für den Bereich der Unterschwellenvergaben existieren keine einheitlichen Vorgaben.⁵¹ Auch wenn

⁴⁹ vgl. Burgi, S. 273.

⁵⁰ vgl. Sauer/ Hollands, S. 766.

⁵¹ vgl. Leinemann, Rn. 5.

einige Länder zwischenzeitlich Regelungen zum Rechtsschutz im Unterschwellenbereich geschaffen haben,⁵² können vom Bund eher ablehnende Signale zu entsprechenden Gesetzesvorhaben vernommen werden.⁵³ Für den Unterschwellenbereich hat sich allerdings aus der Rechtsprechung ein Rechtsschutzanspruch entwickelt.⁵⁴ Dieser Anspruch kann sich ausdrücklich nicht nur auf den Sekundärrechtsschutz beziehen - also in erster Linie den Schadensersatz in Folge eines vergaberechtswidrig erteilten Zuschlags.⁵⁵ Er kann sich nach der ständigen Rechtsprechung auch auf den sog. Primärrechtsschutz beziehen⁵⁶. Dieser ist gerichtet auf die Erteilung des Zuschlags bzw. die Verhinderung der Erteilung des Zuschlags auf das Angebot eines anderen Bieters sowie die Feststellung eines rechtswidrigen Verhaltens durch den Auftraggeber und die Verpflichtung desselben zu rechtskonformem handeln.⁵⁷

Diese Zweiteilung stellt sowohl öffentliche Auftraggeber als auch die Bieter im Vergabeverfahren vor größere Probleme. Die öffentlichen Auftraggeber auf der einen Seite sehen sich einerseits bereits mit komplizierten Regelungen zur korrekten Abwicklung der Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich konfrontiert und müssen sich andererseits im Unterschwellenbereich zusätzlich mit landespezifischen Regelungen befassen.⁵⁸ Es werden also schon zur Abwicklung der Vergabeverfahren umfassende rechtliche Fachkenntnisse vorausgesetzt. Das Wissen über die unterschiedlichen Rechtsschutzmöglichkeiten der Unternehmen und den damit verbundenen möglichen Folgen für den Auftraggeber und das Vergabeverfahren erfordert eine noch umfassendere Auseinandersetzung mit vergaberechtlichen, aber auch zivilrechtlichen Bestimmungen. Zwar verfügen öffentliche Auftraggeber in der Regel über ausreichende Expertise, um Vergabeverfahren korrekt abzuwickeln. In der Praxis herrscht bei den Anwendern des Vergaberechts aber oftmals vor allem hinsichtlich der Rechtsschutzmöglichkeiten für die Bieter, insbesondere im

⁵² vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 434 und Leinemann, Rn. 6.

⁵³ vgl. Leinemann, Rn. 5.

⁵⁴ vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 16.12.2015, 1 U 97/15, II. 3.), <https://dejure.org> und Leinemann, Rn. 6.

⁵⁵ vgl. Leinemann, Rn. 2059 und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 14 zu § 155 GWB.

⁵⁶ vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 16.12.2015, 1 U 97/15, II. 3.), <https://dejure.org>.

⁵⁷ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 13 zu § 155 GWB.

⁵⁸ vgl. Wagner/ Pfohl, S. 401 f..

Unterschwellenbereich, Unklarheit.⁵⁹ Es kann davon ausgegangen werden, dass dies umso mehr gilt, je dünner die Personaldecke der öffentlichen Auftraggeber ist. Zumindest in kleineren Gemeinden, die i. d. R. nicht über eigene Beschaffungsabteilungen bzw. die erforderliche Personaldecke hierfür verfügen, stellt dies eine Herausforderung dar. Für die Bieter auf der anderen Seite gilt dies umso mehr. Zwar machen öffentliche Aufträge ca. 20% des BIPs der Europäischen Union aus,⁶⁰ allerdings bemühen sich die Bieter i. d. R. nicht nur um öffentliche Aufträge, sondern sind auch für private Auftraggeber außerhalb des öffentlichen Beschaffungswesens mit seinen speziellen Regelungen tätig. Für die Bieter stellt das Vergaberecht mit seinen zahlreichen Facetten und vor allem unter den einzelnen Bundesländern teilweise stark abweichenden Regelungen eine noch größere Herausforderung dar.⁶¹ Auch die Bieter sind sich deshalb oftmals nicht im Klaren darüber, welche Rechtsschutzmöglichkeiten gegeben sind. Die unterschiedlichen Regelungen führen nicht nur zu Unsicherheiten bezüglich der Frage nach der Ausgestaltung des Rechtsschutzes, sondern auch nach den Voraussetzungen für die Gewährung desselben (s. Kap. 3.1 ff. und 4.2 ff.) sowie der Frage, welche vergaberechtlichen Vorschriften überhaupt dem Bieterschutz dienen (s. Kap 3.2 und 4.3).

3 Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte

Bis zur Verabschiedung des Vergaberechtsänderungsgesetzes 1998 war auch für den Oberschwellenbereich eine haushaltsrechtliche Betrachtung vorherrschend.⁶² Allerdings musste sich der deutsche Gesetzgeber einer Entscheidung des EuGH beugen, wonach das Fehlen einer Vorschrift, auf welche sich die Bieter bei Vergaberechtsverstößen berufen können, um ihre Rechte ggf. gerichtlich einzuklagen, keinen ausreichenden Schutz vor der Willkür des Auftraggebers bietet.⁶³ Deshalb wurde mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz 1998, genauer gesagt mit Art. 1 VgRÄG zur Einführung des damaligen § 106 Abs. 7 GWB,

⁵⁹ vgl. Zeiss, S. 423.

⁶⁰ vgl. Pünder, Rn.1.

⁶¹ vgl. Wagner/ Pfohl, S. 401.

⁶² vgl. Burgi S. 9 ff. und Kulartz et al., Rn. 237.

⁶³ vgl. EuGH, Urteil vom 11.08.1995, C-433/93, Rn. 19, <http://eur-lex.europa.eu>.

erstmalig ein subjektives Recht der Bieter auf Einhaltung der Vorschriften über das Vergabeverfahren geschaffen.⁶⁴ Die Vorschrift ermöglicht es den Bietern sowohl im Wege des Primärrechtsschutzes ein bestimmtes Tun oder Unterlassen seitens des Auftraggebers einzufordern als auch im Wege des Sekundärrechtsschutzes Schadensersatzansprüche geltend zu machen.⁶⁵ Allerdings wurde mit Inkrafttreten des VgRÄG zum 01.01.1999 auch die heute noch bestehende Zweiteilung des Vergaberechts in das GWB-Vergaberecht im Oberschwellenbereich mit einem normierten Rechtsschutz für die Bieter und das Haushaltsvergaberecht im Unterschwellenbereich ohne einen solchen geschaffen.⁶⁶ Die Regelung des damaligen § 106 Abs. 7 GWB findet sich heute in § 97 Abs. 6 GWB. Sofern also ein Bieter vorträgt aufgrund ungerechtfertigter Vorgaben des Auftraggebers keine Chance auf Zuschlagserteilung zu haben, berechtigt ihn dies grundsätzlich dazu, die Beseitigung des Vergaberechtsverstoßes einzufordern.⁶⁷

Schutznormlehre

Nach der Schutznormlehre kann seitens der Bieter jedoch nur die Einhaltung solcher Vorschriften gefordert werden, die teleologisch auch dem Bieterschutz dienen und die nicht bloße Ordnungsvorschriften darstellen.⁶⁸ Ein bieterschützender Zweck der Vorschriften kann immer dann angenommen werden, wenn die Vorschrift der Umsetzung von EU-Recht dient.⁶⁹ Allerdings können sich die Unternehmen immer dann auf die Einhaltung von Vorschriften über das Vergabeverfahren berufen, wenn der Verstoß gegen selbige ihre Chancen im Wettbewerb beeinträchtigt.⁷⁰ Das gilt auch bei Verletzung von Ordnungsvorschriften.⁷¹ Ein praxisrelevantes Beispiel ist das Verbot für Auftraggeber, den Zuschlag auf ein ungewöhnlich niedriges Angebot nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A bzw. § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A oder § 16 Abs. 6 VOL/A

⁶⁴ vgl. Kulartz et al., Rn. 237 zu § 97 GWB.

⁶⁵ vgl. Kulartz et al., Rn. 238 zu § 97 GWB.

⁶⁶ vgl. Burgi, S. 11.

⁶⁷ vgl. Kulartz et al., Rn. 240 zu § 97 GWB.

⁶⁸ vgl. Kulartz et al., Rn. 241 zu § 97 GWB.

⁶⁹ vgl. Kulartz et al., Rn. 242 zu § 97 GWB.

⁷⁰ vgl. BGH, Urteil vom 26.09.2006 – X ZB 14/06, Rn. 47, <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

⁷¹ vgl. Kulartz et al., Rn. 242 zu § 97 GWB.

zu erteilen.⁷² Bislang ist umstritten, inwiefern diese Regelung dem Bieterschutz dient. Die vorgenannten Verbote sollen grundsätzlich den Auftraggeber vor Nachteilen schützen.⁷³ Bieterschützende Wirkung entfalten die Vorschriften nur, sofern ein Unterpreisangebot mit der Absicht der Marktverdrängung abgegeben wird.⁷⁴ Im Rahmen eines jüngeren Urteils aus dem Jahr 2017 entschied der BGH jedoch, dass unabhängig vom Vorliegen einer Marktverdrängungsabsicht für Bieter ein Anspruch auf Ausschluss von Unterpreisangeboten aus § 97 Abs. 6 GWB erwächst, weil das Unterbleiben des Ausschlusses gegen das Wettbewerbsprinzip nach § 97 Abs. 1 GWB verstößt.⁷⁵ Die Auffassung des BGH steht insofern auch im Einklang mit der Argumentation des EuGH, welcher in der Preisprüfung ein Instrument zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verhinderung von Willkür durch den öffentlichen Auftraggeber sieht.⁷⁶ Die Schutznormlehre steht auch deshalb in der Kritik, weil bezweifelt wird, dass ihre Anwendung in Einklang mit der EU-rechtskonformen Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien steht.⁷⁷ Der EuGH fordert eine weite Definition des Begriffs der Vorschriften über das Vergabeverfahren und somit des Anwendungsbereichs des § 97 Abs. 6 GWB.⁷⁸ Die Schutznormlehre kann damit nicht als obsolet angesehen werden. Dennoch wird deutlich, dass einerseits ihre Gültigkeit schon in der bisherigen Rechtsprechung immer wieder relativiert wird, andererseits zukünftig damit zu rechnen ist, dass die Rechtsprechung den Begriff des Bieterschutzes zunehmend weit auslegen wird.

⁷² Anmerkung: Die Regelungen nach §§ 60 Abs. 3 VgV, 44 Abs. 3 UVgO und 54 Abs. 3 SektVO weichen hiervon ab. Sofern die Hintergründe eines ungewöhnlich niedrigen Angebots nicht aufgeklärt werden können, darf der Auftraggeber das Angebot zwar ablehnen. Zwingend ist die Zuschlagserteilung aber nur abzulehnen, wenn der Bieter gegen die Bestimmung des § 128 Abs. 1 GWB (u. a. Einhaltung von arbeits- oder sozialrechtlichen Vorschriften) verstößt bzw. (nur nach UVgO) nicht an der Aufklärung des Angebotspreises mitwirkt.

⁷³ vgl. Kulartz et al., Rn. 243 f. zu § 97 Abs. 6 GWB und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 256 zu § 97 GWB.

⁷⁴ vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.05.2011, VII Verg 45/11, Rn. 7, <https://openjur.de> und Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 7 zu § 16d VOB/A sowie Kulartz et al., Rn. 244 zu § 97 GWB.

⁷⁵ vgl. BGH, Urteil vom 31.01.2017, X ZB 10/16, Rn. 20 und Rn. 23, <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

⁷⁶ vgl. EuGH, Urteil vom 29.03.2012, C-599/10, Rn. 29, <https://www.jurion.de>.

⁷⁷ vgl. Kulartz et al., Rn. 241 zu § 97 GWB.

⁷⁸ vgl. EuGH, Urteil vom 11.01.2005, C-26/03, Rn. 29 ff., <https://www.jurion.de>.

Vergaberechtliche Anknüpfungsnorm

Darüber hinaus sind Fälle denkbar, in denen sich Unternehmen auf einen Verstoß gegen eine Vorschrift außerhalb des Vergaberechts berufen. Bei solchen Verstößen können sich die Unternehmen nur auf den vergaberechtlichen Rechtsschutz berufen, sofern es eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm gibt. Ob gegen eine Vorschrift außerhalb des Vergaberechts verstoßen wurde, bedarf dann einer Inzidenzprüfung im Rahmen der Prüfung des Verstoßes gegen die Anknüpfungsvorschrift.⁷⁹ Eine solche Inzidenzprüfung ist immer dann erforderlich, wenn das Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes vom Vorliegen eines anderen Rechtsverstoßes abhängt. So stellt bspw. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB eine solche Anknüpfungsnorm dar. Sofern also bspw. ein behaupteter Vergaberechtsverstoß in einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede verschiedener Bieter vermutet wird, sind die behaupteten Verstöße inzident zu prüfen.⁸⁰

3.1 Voraussetzungen des Rechtsschutzanspruchs oberhalb der

Schwellenwerte

Im Oberschwellenbereich ergibt sich für die Bieter aus dem vierten Teil des GWB, konkret dem § 97 Abs. 6 GWB ein vergaberechtlicher Primärrechtsschutzanspruch. Die Effektivität desselben gewährleisten die Bestimmungen der §§ 134 und 135 GWB (s. Kap. 3.2). Der Sekundärrechtsschutzanspruch ergibt sich hingegen aus § 181 GWB.⁸¹ Hierbei handelt es sich jeweils um vergabespezifische Ansprüche der Bieter. Im Folgenden werden daher zunächst die Voraussetzungen zur Erlangung von Primär-, dann von Sekundärrechtsschutz nach den einschlägigen Vorschriften des GWB untersucht.

⁷⁹ vgl. BGH, Urteil vom 18.06.2012 – X ZB 9/11, Rn. 14, <http://juris.bundesgerichtshof.de> und Kulartz et al., Rn. 246 zu § 97 GWB.

⁸⁰ vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.07.2015 – VII Verg 5/2015, Rn. 21, <https://openjur.de>.

⁸¹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 13 und Rn. 14 zu § 155 GWB.

3.1.1 Voraussetzungen des Primärrechtsschutzanspruchs

Durch § 97 Abs. 6 GWB wird den Unternehmen ein subjektives Recht auf Einhaltung der Vorschriften über das Vergabeverfahren einräumt.⁸² Zunächst muss allerdings erörtert werden, wer den Anspruch geltend machen kann. Nach § 97 Abs. 6 GWB sind „Unternehmen“ die Anspruchsberechtigten. Das Unionsrecht kennt jedoch den Begriff des „Unternehmens“ nicht, spricht jedoch an deren Stelle von „Wirtschaftsteilnehmern“. Der Begriff des Wirtschaftsteilnehmers ist in den EU-Vergaberichtlinien definiert, genauer in Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 2 Nr. 6 der Richtlinie 2014/25/EU. Die Definition umfasst vereinfacht dargestellt sämtliche natürlichen und juristischen Personen sowie öffentliche Einrichtungen, die auf dem Markt Bau-, Liefer-, oder Dienstleistungen erbringen.⁸³ Noch weiter vereinfacht sind vom Begriff alle Rechtsträger erfasst, die in irgendeiner Weise wirtschaftlich tätig sind.⁸⁴ Es muss sich also nicht zwingend um Bieter bzw. Bewerber handeln, die bereits aktiv an einem Vergabeverfahren teilnehmen bzw. teilgenommen haben. Es kann vielmehr jeder Wirtschaftsteilnehmer, der vorträgt, durch den Vergaberechtsverstoß in seinen subjektiven Rechten verletzt zu sein, eben diese subjektiven Rechte geltend machen.⁸⁵ Unter den Voraussetzungen der §§ 160 ff. GWB können diese Rechte im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht werden (s. Kap. 3.1.2).⁸⁶

Nach dem Wortlaut des § 97 Abs. 6 GWB erstreckt sich der Rechtsschutzanspruch auf die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren. Danach sollen bloße Ordnungsvorschriften nicht von § 97 Abs. 6 GWB erfasst sein.⁸⁷ Allerdings umfasst der Anwendungsbereich jeden Rechtsverstoß, der zu einer Ungleichbehandlung der Unternehmen führen kann.⁸⁸ In der Praxis wird die Reichweite des § 97 Abs. 6 GWB jedoch durch das Erfordernis eines (drohenden) Schadenseintritts zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach § 160 Abs. 2

⁸² vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 240 zu § 97 GWB.

⁸³ vgl. Kulartz et al., Rn. 239 zu § 97 GWB.

⁸⁴ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 244 zu § 97 GWB.

⁸⁵ vgl. Kulartz et al., Rn. 239 zu § 97 GWB.

⁸⁶ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 240 zu § 97 GWB.

⁸⁷ vgl. Kulartz et al., Rn. 241 zu § 97 GWB und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 253 zu § 97 GWB.

⁸⁸ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 255 zu § 97 GWB.

GWB begrenzt⁸⁹. Zur immer geringeren Bedeutung der Schutznormlehre für die Praxis vgl. außerdem die Ausführungen in Kap. 3.

3.1.2 Einleitung und Durchführung des Nachprüfungsverfahrens

Aus § 156 Abs. 2 GWB ergibt sich die Zuständigkeit der Vergabekammern für die Durchführung von Nachprüfungsverfahren. Da es sich bei den Vergabekammern nicht um Gerichte, sondern einen Teil der Verwaltung handelt, ergeht am Ende eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer kein Urteil, sondern ein Verwaltungsakt (s. Kap. 3.3.1).⁹⁰ Das Verfahren vor der Vergabekammer stellt somit ein Verwaltungsverfahren dar.⁹¹

Die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens

Zentrale Norm bei der Betrachtung des Verfahrens vor der Vergabekammer ist § 160 GWB. Dieser regelt in Abs. 1, dass ein Verfahren nur auf Antrag eingeleitet werden kann. Folglich ist die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens von Amts wegen ausgeschlossen.⁹² Aus dem Antragserfordernis ergibt sich die sog. Dispositionsbefugnis für den Antragsteller. Er entscheidet über Einleitung und ggf. Rücknahme des Antrags. Die auch teilweise und v. a. einseitig mögliche Rücknahme eines Antrags führt zur Beseitigung der Anhängigkeit des Verfahrens.⁹³ Die Antragsbefugnis ergibt sich aus § 160 Abs. 2 GWB. Danach ist eine Verletzung subjektiver Rechte i. S. d. § 97 Abs. 6 GWB erforderlich (s. Kap. 3.1.1). Daneben muss dem Unternehmen durch die Rechtsverletzung ein Schaden entstanden sein bzw. zu entstehen drohen und es muss seitens des Unternehmens noch ein Interesse an der Erteilung des Zuschlags bestehen. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.⁹⁴ Allerdings soll der Rechtsschutz im Oberschwellenbereich ausreichende Effektivität für die Bieter entfalten. Die an

⁸⁹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 252 zu § 97 GWB.

⁹⁰ vgl. Ax/ Schneider/ Ottenströer, Rn. 1 und Burgi, S. 13.

⁹¹ vgl. Burgi, S. 13.

⁹² vgl. Kulartz et al., Rn. 19 zu § 160 GWB und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 7 zu § 160 GWB.

⁹³ vgl. Kulartz et al., Rn. 23 zu § 160 GWB und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 8 zu § 160 GWB.

⁹⁴ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 14 zu § 97 GWB.

das Vorliegen der Voraussetzungen gestellten Anforderungen dürfen deshalb nicht zu hoch sein.⁹⁵

Durch die Forderung eines bestehenden Interesses am Auftrag soll verhindert werden, dass Unternehmen ein Nachprüfungsverfahren nur zur Klärung einer Rechtsfrage oder in der Absicht das Vergabeverfahren zu stören einleiten, obwohl sie als Auftragnehmer gar nicht in Frage kommen.⁹⁶ Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist mangels bestehenden Interesses am Auftrag ausgeschlossen, wenn bereits wirksam, also ohne Vorliegen von Unwirksamkeitsgründen nach § 135 GWB, ein Vertrag geschlossen ist.⁹⁷ Ein Interesse am Auftrag kann außerdem nicht für nur mittelbar interessierte Subunternehmer oder Planer festgestellt werden.⁹⁸ Andererseits ist die Abgabe eines eigenen Angebots nicht zwingend erforderlich. Das ist der Fall, wenn der Rechtsverstoß in unzulässigen Spezifikationen der ausgeschriebenen Leistungen liegt und aufgrund der unzulässigen und vom potenziellen Bieter nicht erfüllbaren Spezifikationen kein Angebot abgegeben wurde.⁹⁹

Das Nachprüfungsverfahren nach dem vierten Teil des GWB dient der Gewährung von Primärrechtsschutz, der auf die Erteilung des Zuschlags und nicht auf Schadensersatz gerichtet ist.¹⁰⁰ Der entstandene oder zu entstehen drohende Schaden muss daher einen Vermögensschaden i. S. d. §§ 249 ff. BGB in Form des entgangenen Auftrags darstellen.¹⁰¹ Zu beurteilen ist, inwiefern die Rechtsverletzung die Chancen des Antragsstellers auf Zuschlagserteilung verschlechtert bzw. verschlechtern könnte.¹⁰² Unbeachtlich für die Befugnis zur Antragsstellung ist, ob der Auftraggeber tatsächlich rechtmäßig handelt, wenn er bspw. das Angebot des Antragsstellers von der Wertung ausschließt.¹⁰³ Aufgrund der niedrigen anzusetzenden Schwelle für das Vorliegen der Voraussetzung ist es ausreichend, wenn der Antragssteller schlüssig und nachvollziehbar darlegt, inwiefern der vermeintliche Rechtsverstoß seine Chancen auf Zuschlagserteilung

⁹⁵ vgl. Kulartz et al., Rn. 29 f. zu § 160 GWB.

⁹⁶ vgl. Kulartz et al., Rn. 47 zu § 160 GWB.

⁹⁷ vgl. Kulartz et al., Rn. 44 zu § 160 GWB.

⁹⁸ vgl. Kulartz et al., Rn. 48 zu § 160 GWB.

⁹⁹ vgl. EuGH, Urteil vom 12.02.2004, C-230/02, Rn. 28 ff., <http://curia.europa.eu>.

¹⁰⁰ vgl. Kulartz et al., Rn. 86 zu § 160 GWB.

¹⁰¹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 28 zu § 160 GWB.

¹⁰² vgl. Kulartz et al., Rn. 86 zu § 160 GWB.

beeinträchtigt.¹⁰⁴

Unter den Voraussetzungen des § 160 Abs. 3 GWB ist die Antragsbefugnis jedoch nicht gegeben. Im Einzelnen ist der Bieter präkludiert¹⁰⁵, wenn er nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB den behaupteten Verstoß nicht innerhalb von zehn Tagen nach Kenntnis gegenüber dem Auftraggeber rügt. Dasselbe gilt nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB, wenn Verstöße nicht bis zur Angebotsöffnung oder dem Schlusstermin für den Eingang von Bewerbungen gerügt werden, die aber bereits durch den Inhalt der Bekanntmachung oder der Vergabeunterlagen erkennbar sind. Zum einen soll damit dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit gegeben werden, einen Rechtsverstoß vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens selbst¹⁰⁶ bzw. möglichst frühzeitig¹⁰⁷ zu beseitigen. Zum anderen soll spekulatives Verhalten der Bieter verhindert werden. Es soll dem Bieter nicht möglich sein, sich zunächst auf ein rechtswidriges Verfahren einzulassen und einen späteren Nachprüfungsantrag auf den nicht gerügten Verstoß stützen, falls er den erhofften Zuschlag nicht erhält.¹⁰⁸

Schließlich enthält § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB eine Reaktionsfrist der Bieter auf Erklärungen des Auftraggebers einer Rüge nicht abzuweichen. Dies dient vor allem der Rechtssicherheit für den Auftraggeber.¹⁰⁹

Die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens

In konsequenter Fortführung des § 160 Abs. 2 GWB fordert § 161 GWB einen schriftlichen und begründeten Antrag. Zum einen ist nach § 161 Abs. 2 GWB die Rechtsverletzung unter Angabe verfügbarer Beweismittel zu begründen, zum anderen soll der Antrag nach § 161 Abs. 1 GWB auf ein bestimmtes Begehren gerichtet sein. Insbesondere muss die Darlegung der Rüge des Verstoßes gegenüber dem Auftraggeber i. S. d. § 160 Abs. 3 GWB erfolgen, um zu belegen, dass keine Präklusion eingetreten ist.

Eine weitere zentrale Vorschrift im Zusammenhang mit der Durchführung des

¹⁰³ vgl. Kulartz et al., Rn. 89 zu § 160 GWB.

¹⁰⁴ vgl. Kulartz et al., Rn. 87 f. zu § 160 GWB.

¹⁰⁵ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 41 zu § 160 GWB.

¹⁰⁶ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 36 zu § 160 GWB.

¹⁰⁷ vgl. Kulartz et al., Rn. 126 zu § 160 GWB.

¹⁰⁸ vgl. Kulartz et al., Rn. 126 zu § 160 GWB.

Nachprüfungsverfahrens ist § 163 Abs. 1 GWB. Danach kommt der sogenannte Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung. Die Vergabekammer hat danach den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen. Diese Regelung entspricht den Regelungen für das allgemeine Verwaltungsverfahren nach § 24 VwVfG. Das Verfahren vor den Vergabekammern gleicht damit bezüglich der Methode der Sachverhaltsermittlung eher dem Verwaltungsgerichtsprozess, während in Zivilprozessen der Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatz gilt.¹¹⁰

Unabhängig von der Pflicht zur Sachverhaltserforschung durch die Vergabekammer regelt § 166 Abs. 1 GWB, dass eine mündliche Verhandlung stattfinden muss. Damit wird den Beteiligten die Möglichkeit zur mündlichen Stellungnahme gegeben und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs i. S. d. Art. 103 Abs. 1 GG Rechnung getragen.¹¹¹ Sie stellt grundsätzlich das Ende der Sachverhaltsermittlung dar. Nur wenn die Vergabekammer entscheidet, dass nach der mündlichen Verhandlung noch Sachverhaltsaspekte erörterungsbedürftig sind, muss die mündliche Verhandlung wiedereröffnet werden.¹¹²

Sofern ein Vergaberechtsverstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens festgestellt wird, kann die Vergabekammer gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber unter den Voraussetzungen des § 168 Abs. 1 GWB die Einhaltung der Verfahrensvorschriften erzwingen.¹¹³ Zwar ist die Vergabekammer nicht an Anträge gebunden. Dennoch kann seitens der Bieter durch Angabe eines konkreten Begehrens im Rahmen der Antragstellung nach § 161 Abs. 1 beeinflusst werden, welche Maßnahme konkret die Vergabekammer verfügt.¹¹⁴

Aufgrund des Beschleunigungsgebotes des § 167 Abs. 1 GWB müssen die Entscheidungen der Vergabekammer inkl. schriftlicher Begründung grundsätzlich innerhalb von fünf Wochen nach Eingang des Antrags ergehen. Eine Verlängerung der Frist ist mittels Verfügung um zwei Wochen, in Einzelfällen auch darüber hinaus, möglich.¹¹⁵ Die Regelung des § 167 Abs. 1 GWB enthält jedoch keine Aussagen dazu, ob weitere Fristverlängerungen möglich sein sollen. Einerseits

¹⁰⁹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 90 zu § 160 GWB.

¹¹⁰ vgl. Kulartz et al., Rn. 3 zu § 163 GWB.

¹¹¹ vgl. Kulartz et al., Rn. 6 zu § 166 GWB.

¹¹² vgl. Kulartz et al., Rn. 3 zu § 166 GWB.

¹¹³ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 240 zu § 97 GWB.

¹¹⁴ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 32 zu § 161 GWB.

wird argumentiert, es müsse den Vergabekammern unabhängig von der Dauer einer einzelnen Fristverlängerung zugestanden werden, auch eine mehrmalige Fristverlängerung zu verfügen, sofern dies aus Gründen der Sorgfalt geboten ist.¹¹⁶ Andererseits wird die Auffassung vertreten eine Fristverlängerung sei nach dem Willen des Gesetzgebers nur einmal zulässig und die erforderliche Dauer dieser Verlängerung entsprechend exakt zu prüfen.¹¹⁷ Überzeugend scheint jedoch nur die letzte Auffassung, da ansonsten die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde nach § 167 Abs. 2 GWB an einen nichtmehr hinreichend definierten Zeitpunkt geknüpft wäre.¹¹⁸

3.1.3 Voraussetzungen des Sekundärrechtsschutzanspruchs

Mit der Regelung des § 181 GWB existiert für den Oberschwellenbereich eine vergaberechtliche Anspruchsgrundlage für den Ersatz des Vertrauensschadens.¹¹⁹ Auf diese Anspruchsgrundlage kann ein Bieter sich grundsätzlich auch ohne vorangegangenes Nachprüfungsverfahren berufen.¹²⁰ Die erste Voraussetzung für einen Anspruch ist i. d. R. die Verletzung einer bieterschützenden Vorschrift, wobei der Anspruch nach § 181 GWB auf die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften beschränkt ist.¹²¹ Wann eine Bestimmung dem Bieterschutz dient, muss dabei im Einzelfall geprüft werden.¹²² Sofern eine Regelung die Grundsätze des § 97 Abs. 1 bis 4 GWB umsetzt oder ausgestaltet, ist dies ein deutliches Indiz für das Vorliegen eines bieterschützenden Zwecks.¹²³ Die Vorschrift muss zwar nicht zwingend ausschließlich dem Bieterschutz dienen, ihn aber zumindest mitbezwecken.¹²⁴ Ordnungsvorschriften, die nicht den Grundsätzen des § 97 Abs. 1 bis 4 GWB Rechnung tragen, erfüllen keinen bieterschützenden Zweck. Ein

¹¹⁵ vgl. Kulartz, Rn. 19 zu § 167 GWB.

¹¹⁶ vgl. Kulartz, Rn. 20 zu § 167 GWB.

¹¹⁷ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 14 zu § 167 GWB.

¹¹⁸ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 48 zu § 171 GWB.

¹¹⁹ vgl. Kulartz et al., Rn. 1 zu § 181 GWB und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 5 zu § 181 GWB.

¹²⁰ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 5 zu § 181 GWB.

¹²¹ vgl. Kulartz et al., Rn. 8 zu § 181 GWB.

¹²² vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 23 zu § 181 GWB.

¹²³ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 24 zu § 181 GWB.

¹²⁴ vgl. Kulartz et al., Rn. 11 zu § 181 GWB und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 24 f. zu § 181 GWB.

Verstoß gegen selbige kann deshalb grundsätzlich Schadensersatzanspruch begründen.¹²⁵

Außerdem muss der unterlegene Bieter, der den Schadensersatz geltend macht, bei korrekter Vergaberechtsanwendung durch den öffentlichen Auftraggeber bei realistischer Betrachtung Aussicht auf Zuschlagserteilung gehabt haben. Damit müssen zwei weitere Voraussetzungen erfüllt sein. Zum einen hätte eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gegeben sein müssen. Nach Auffassung des BGH ist diese Chance nur gegeben, wenn das fragliche Angebot besonders große Aussichten auf die Zuschlagserteilung gehabt hätte. Dabei reicht es nicht aus, wenn das Angebot sich lediglich in der engeren Wahl befand.¹²⁶ Das Vorliegen einer echten Chance kann demnach bejaht werden, wenn die Zuschlagserteilung auf das fragliche Angebot ermessensfehlerfrei möglich gewesen wäre.¹²⁷ Letztlich ist jedoch auch die Frage nach der Qualität der Zuschlagsaussichten im Einzelfall anhand der konkreten Eignungs- und Wertungskriterien zu beantworten.¹²⁸ Als weitere Voraussetzung muss ein kausaler Zusammenhang zwischen der Verletzung einer bieterschützenden Vorschrift einerseits und der Beeinträchtigung der Chancen auf Zuschlagserteilung andererseits gegeben sein. Der Verstoß darf also im Sinne einer *conditio sine qua non* für den Eintritt der Beeinträchtigung nicht hinwegzudenken sein.¹²⁹

In der Regel ist der Schadensersatzanspruch auf die vergebliche Erstellung des Angebots bzw. der Teilnahme am Wettbewerb,¹³⁰ also das sog. negative Interesse beschränkt. Gelingt es dem Bieter nachzuweisen, dass ihm in Folge der vergeblichen Teilnahme am rechtswidrigen Vergabeverfahren eine andere Verdienstmöglichkeit entgangen ist, kann das negative Interesse auch den entgangenen Gewinn hieraus umfassen.¹³¹ Denkbar ist auch ein Schadensersatzanspruch bezüglich des sog. positiven Interesses. Dieses umfasst den entgangenen Gewinn und einen sich ggf. aus dem Auftrag ergebenden

¹²⁵ vgl. Kulartz et al., Rn. 12 zu § 181 GWB und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 25 zu § 181 GWB.

¹²⁶ vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2007, X ZR 18/07, Rn. 27, <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

¹²⁷ vgl. Kulartz et al., Rn. 14 zu § 181 GWB.

¹²⁸ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 45 f. zu § 181 GWB.

¹²⁹ vgl. Kulartz et al., Rn. 20 zu § 181 GWB und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 47 zu § 181 GWB.

¹³⁰ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 14 zu § 155 GWB.

Deckungsanteil an den allgemeinen Betriebskosten des Bieters.¹³² Allerdings setzt ein Schadensersatzanspruch bezüglich des positiven Interesses voraus, dass es dem klagenden Bieter gelingt nachzuweisen, dass bei rechtskonformer Abwicklung des Vergabeverfahrens sein Angebot nicht nur eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte, sondern der Zuschlag auf sein Angebot hätte erteilt werden müssen.¹³³ Außerdem ist die Höhe des beanspruchten entgangenen Gewinns substantiiert darzulegen.¹³⁴

3.2 Bieterschützende Vorschriften im Oberschwellenbereich

Nachfolgend wird dargestellt, welche einzelnen Vorschriften im Oberschwellenbereich bieterschützenden Charakter haben und damit grundsätzlich eine Anspruchsgrundlage für die Bieter darstellen. Die Betrachtung wird dabei auf die Regelungen mit der größten Praxisrelevanz beschränkt. Ausgehend von dem Ablauf eines Vergabeverfahrens in die vier Abschnitte 1) Verfahrenswahl, 2) Bekanntmachung, 3) Eignungsprüfung und 4) Zuschlagserteilung¹³⁵ kann den nachfolgend aufgeführten Regelungen besondere Relevanz bezüglich des Bieterschutzes attestiert werden. Bezüglich des Abschnitts 1) hängen die Kostenschätzung und die Verfahrenswahl eng zusammen. Denn die Kostenschätzung des Gesamtprojektes nach § 3 Abs. 7 VgV bzw. § 1 EU Abs. 2 VOB/A oder § 2 Abs. 7 SektVO entscheidet darüber, ob die Regelungen der jeweiligen Vergabeordnung anzuwenden sind. Hieraus ergibt sich wiederum, unter welchen Voraussetzungen die einzelnen Verfahrensarten anzuwenden sind. Mit den Verfahrensabschnitten 2) und 3) wiederum eng verbunden ist die Auswahl der Eignungs- und der Zuschlagskriterien. Im Verfahrensabschnitt 4) kann der Zuschlag im Oberschwellenbereich wiederum nicht wirksam ohne Einhalten der Informations- und Wartepflichten nach § 134 GWB erteilt werden.

¹³¹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 108 zu § 181 GWB.

¹³² vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 113 zu § 181 GWB.

¹³³ vgl. OLG Köln, Urteil vom 23.07.2014, 11 U 104/13, Rn. 27, <https://openjur.de> und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 114 zu § 181 GWB.

¹³⁴ vgl. OLG Köln, Urteil vom 23.07.2014, 11 U 104/13, Rn. 35 ff., <https://openjur.de>.

Die Schätzung des Auftragswertes

Die Bestimmungen zur Schätzung des Auftragswertes ergeben sich aus § 3 VgV, § 1 EU Abs. 2 VOB/A i. V. m. § 3 VgV sowie § 2 SektVO. Die Vorschriften regeln jeweils Gegenstand, Zeitpunkt und Vorgang der Schätzung des Auftragswertes.¹³⁶ Dabei umfasst der Gegenstand der Schätzung alle für die Gesamtmaßnahme erforderlichen Teilleistungen, also alle Teil- und Fachgewerke unabhängig von der Art des zu vergebenden Auftrags.¹³⁷ Maßgeblich sind dabei die geschätzten Nettoauftragswerte.¹³⁸ Bei der Schätzung einzubeziehen sind demnach auch Nebenkosten bspw. für Steuern (mit Ausnahme der Umsatzsteuer) und Versicherungen.¹³⁹ Nicht einzubeziehen sind jedoch die Kosten des Baugrundes¹⁴⁰ oder Planungsleistungen der Maßnahme. Letztere sind nur dann Teil der Gesamtkostenschätzung, wenn sie gemeinsam mit Bauleistungen vergeben werden.¹⁴¹ Für Planungsleistungen ist nach § 3 Abs. 7 VgV bzw. § 2 Abs. 7 SektVO eine eigene Kostenschätzung anzustellen, wobei hier jeweils nur die Auftragswertschätzungen gleichartiger Leistungen zu addieren sind. Maßgeblicher Zeitpunkt der Schätzung ist jeweils der Tag der Absendung der Bekanntmachung bzw. der anderweitigen Einleitung des Vergabeverfahrens. Zwar sind insbesondere bei länger andauernden Baumaßnahmen immer wieder Überprüfungen der Schätzung vorzunehmen.¹⁴² Sofern jedoch die ursprüngliche und ordnungsgemäße Schätzung einen Wert oberhalb der Schwellenwerte der EU-Vergaberichtlinien ergab, führen spätere Kosteneinsparungen nicht dazu, dass das Oberschwellenvergaberecht im weiteren Verlauf der Maßnahme nicht mehr anzuwenden ist. Dasselbe gilt umgekehrt bei einer ursprünglichen Unterschreitung der Schwellenwerte.¹⁴³ Bezüglich der Methode der Schätzung enthalten § 3 Abs. 2 VgV bzw. § 2 Abs. 2 SektVO wenig konkrete Vorgaben.¹⁴⁴ Zentrale Forderung ist jedoch, dass keine Schätzmethode in der Absicht gewählt

¹³⁵ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 4, <http://www.bverfg.de>.

¹³⁶ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 4 zu § 3 VgV.

¹³⁷ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 5 zu § 3 VgV.

¹³⁸ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 12 zu § 3 VgV.

¹³⁹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 26 zu § 3 VgV.

¹⁴⁰ vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 77 zu § 1 EU VOB/A.

¹⁴¹ vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 76 zu § 1 EU VOB/A.

¹⁴² vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 78 zu § 1 EU VOB/A.

¹⁴³ vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 79 zu § 1 EU VOB/A.

¹⁴⁴ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 7 zu § 3 VgV.

werden darf, das Oberschwellenvergaberecht zu umgehen. Die vom öffentlichen Auftraggeber angestellte Schätzung kann keine exakte Genauigkeit liefern.¹⁴⁵ Dennoch muss er umso mehr Akribie bei der Schätzung betreiben, je näher er sich mit seinem Vorhaben an den maßgeblichen Schwellenwerten befindet.¹⁴⁶ Besonders zu beachten ist, dass bei Rahmenvereinbarungen nach § 3 Abs. 4 VgV bzw. § 2 Abs. 4 SektVO der Gesamtwert aller Einzelaufträge maßgeblich ist und nach § 3 Abs. 1 S. 2 VgV bzw. § 2 Abs. 1 SektVO auch mögliche Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen sind.

Vor allem im Oberschwellenbereich entfaltet die Schätzung des Auftragswertes mit Blick auf den Rechtsschutz praktische Relevanz. Die besondere Relevanz folgt daraus, dass der Zugang zum vergaberechtlichen Primärrechtsschutz nach den §§ 155 ff. GWB an das Erreichen der nach § 106 GWB bzw. nach den EU-Vergaberichtlinien festgelegten Schwellenwerte gebunden ist. Daraus ergibt sich, dass Nachprüfungsinstanzen im Rahmen eines Antrags auf Nachprüfung die Kostenschätzung von Amts wegen überprüfen.¹⁴⁷ Wird im Rahmen der Überprüfung festgestellt, dass die Kostenschätzung fehlerhaft oder überhaupt nicht erfolgt ist, eröffnet dies für die Bieter die Möglichkeit sich wegen der unterbliebenen Anwendung des Oberschwellenvergaberechts auf § 97 Abs. 6 GWB zu berufen.¹⁴⁸

Die Wahl des Vergabeverfahrens

Zwar definiert § 119 GWB zentral und einheitlich für den Oberschwellenbereich die einzelnen Verfahrensarten. Dennoch bestehen in Abhängigkeit von der Art des Auftrags (Bau- Liefer-, oder Dienstleistungsauftrag bzw. Konzessionsvergabe) sowie des öffentlichen Auftraggebers (klassischer öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB, Sektorenauftraggeber nach § 100 GWB bzw. Konzessionsgeber nach § 101 GWB) unterschiedliche Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Verfahrensarten. Zwar stehen nach § 14 Abs. 2 VgV, § 13 Abs. 1 SektVO bzw. § 3a EU Abs. 1 VOB/A mittlerweile unabhängig vom Auftragsgegenstand allen

¹⁴⁵ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 2 zu § 3 VgV.

¹⁴⁶ vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 80 zu § 1 EU VOB/A.

¹⁴⁷ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 138 zu § 3 VgV.

¹⁴⁸ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 140 zu § 3 VgV.

Auftraggebern das offene Verfahren nach § 119 Abs. 3 GWB und das nicht offene Verfahren nach § 119 Abs. 4 GWB zur Verfügung. Weiter gehen die Gemeinsamkeiten jedoch nicht. Sektorenauftraggebern stehen nach § 13 Abs. 1 SektVO auch das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und der wettbewerbliche Dialog nach freier Wahl zur Verfügung, welche nach § 14 Abs. 3 VgV sowie § 3a EU Abs. 2 und 4 VOB/A nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig sind. Nach § 12 KonzVgV ist der Konzessionsgeber sogar im Rahmen der Regelungen der KonzVgV und solange er allgemeine Verfahrensgrundsätze einhält völlig frei¹⁴⁹, wenngleich ihm durch § 12 Abs. 1 S. 2 KonzVgV die Durchführung des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb nahegelegt wird. Darüber hinaus gibt es Unterschiede bei der Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb. Die jeweils aufgeführten Zulässigkeitsvoraussetzungen sind abschließend.¹⁵⁰ So ist das Verhandlungsverfahren nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV zulässig, wenn im Rahmen eines vorangegangenen offenen oder nicht offenen Verfahrens erfolglos war. Nach § 13 Abs. 2 Nr. 1 SektVO ist es jedoch erforderlich, dass im Rahmen eines vorangegangenen Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb kein entsprechendes Angebot eingegangen ist. Das Fehlen geeigneter Angebote im Rahmen eines offenen Verfahrens, nicht offenen Verfahrens oder wettbewerblichen Dialogs rechtfertigen demnach nicht die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach der SektVO. Diese Regelung ist also für Sektorenauftraggeber ungünstiger. Andererseits ist es nach § 13 Abs. 2 Nr. 8 SektVO nur Sektorenauftraggebern gestattet das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zur Beschaffung im Rahmen besonders günstiger Gelegenheiten erheblich unter den Marktpreisen zu nutzen. Der Katalog des § 3a EU Abs. 3 VOB/A für die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ist zwar kürzer als diejenigen vergleichbarer Regelungen in der SektVO und der VgV. Dies dürfte jedoch v. a. auf die Entbehrlichkeit der Regelungen zurückzuführen sein. So dürften bspw. reine Forschungsvorhaben im Anwendungsbereich der VOB/A eher die Ausnahme darstellen.

¹⁴⁹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 11 zu § 14 VgV.

¹⁵⁰ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 141 zu § 14 VgV und Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 42 zu § 3a EU VOB/A.

Die vorgenannten Unterschiede bei der Zulässigkeit einzelner Verfahrensarten sind in der Praxis von großer Relevanz für Bieter und Auftraggeber, da eine verfahrenswidrige Auftragsvergabe gleichzeitig rechtswidrig ist.¹⁵¹ Folglich können unter Berufung auf § 97 Abs. 6 GWB Schadensersatzansprüche für Bieter entstehen.¹⁵² Die Vorschrift entfaltet somit bieterschützenden Charakter.¹⁵³ Das gilt zumindest im Oberschwellenbereich auch dann, wenn die fehlerhafte Verfahrenswahl von einem Unternehmen gerügt wird, welches gar kein Angebot abgegeben hat.¹⁵⁴ Sofern ein Bieter noch vor der Angebotsöffnung eine fehlerhafte Verfahrenswahl rügt, ist zumindest im Oberschwellenbereich nach § 168 Abs. 1 GWB als letztes Mittel die Anweisung der Vergabekammer zur Aufhebung der Ausschreibung denkbar.¹⁵⁵

Die Festlegung der Eignungskriterien

Öffentliche Aufträge werden nach § 122 Abs. 1 GWB an fachkundige und leistungsfähige bzw. geeignete Unternehmen vergeben. Zum Zwecke der Identifikation entsprechender Unternehmen legt der öffentliche Auftraggeber Eignungskriterien fest. Diese dürfen sich jedoch nur auf die nach § 122 Abs. 2 GWB benannten Eigenschaften beziehen. Abweichend hiervon wählen Sektorenauftraggeber nach § 142 Nr. 1 GWB die Unternehmen anhand objektiver und allen interessierten Unternehmen zugänglicher Kriterien aus. Die Eignungskriterien müssen nach § 122 Abs. 4 GWB mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Der Transparenzgrundsatz fordert darüber hinaus die Aufführung der Eignungskriterien im Rahmen der jeweiligen Bekanntmachungsform.¹⁵⁶

Aus Sicht des Rechtsschutzes ist die Festlegung der Eignungskriterien in doppelter Hinsicht praxisrelevant. Einerseits können Bieter die Feststellung ihrer Nichteignung im Wege von Nachprüfungsverfahren überprüfen lassen, andererseits können unterlegene Bieter auch die Feststellung der Eignung anderer

¹⁵¹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 5 zu § 119 GWB.

¹⁵² vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 6 zu § 119 GWB.

¹⁵³ vgl. OLG Celle, Urteil vom 24.09.2014 – 13 Verg 9/14, Rn. 37, <https://openjur.de>.

¹⁵⁴ vgl. OLG Celle, Urteil vom 24.09.2014 – 13 Verg 9/14, Rn. 43 f., <https://openjur.de>.

¹⁵⁵ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 23 zu § 168 GWB.

¹⁵⁶ vgl. Kulartz et al., Rn. 42 zu § 122 GWB.

Bieter überprüfen lassen.¹⁵⁷ Aufgrund des dem öffentlichen Auftraggeber gegebenen Beurteilungsspielraums bei der Feststellung der Eignung, kann eine Überprüfung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nur eingeschränkt erfolgen. Überprüft werden kann bspw. ob der öffentliche Auftraggeber sich an seine selbst gewählten Eignungskriterien hält oder bei der Beurteilung sachfremde Erwägungen angestellt hat. Auch die Festlegung der Eignungskriterien kann nur eingeschränkt durch die Vergabekammer überprüft werden.¹⁵⁸ Da dem öffentlichen Auftraggeber hier ein Ermessensspielraum gegeben ist, kann jedoch die Ermessensausübung überprüft werden. Hierbei ist jeder Einzelauftrag gesondert zu betrachten. Sofern der öffentliche Auftraggeber das ihm eingeräumte Ermessen nicht gebraucht, liegt ein Ermessenfehler vor.¹⁵⁹ Die Forderung bestimmter Eignungsnachweise oder Referenzen ohne vorherige Überprüfung deren Geeignetheit und Erforderlichkeit zur Identifikation leistungsfähiger Bieter ermöglicht den Unternehmen also die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Strikt zu trennen sind bieterbezogene Eignungskriterien, welche der Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Bieter dienen, und auftragsbezogenen Zuschlagskriterien, welche der Identifikation des wirtschaftlichsten Angebots dienen.¹⁶⁰

Die Festlegung der Zuschlagskriterien

Nach § 127 Abs. 1 GWB ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Hierzu bewertet der öffentliche Auftraggeber die eingegangenen Angebote auf Grundlage der zuvor festgelegten Zuschlagskriterien. Allerdings erfolgt die Wertung dabei nicht wie bei den Eignungskriterien danach, ob sie erfüllt sind oder nicht. Nach dem Wortlaut des § 127 Abs. 1 S. 2. GWB hat der Auftraggeber zu entscheiden, ob und inwieweit die Zuschlagskriterien erfüllt sind. Es erfolgt also keine Aufteilung der Angebote in wirtschaftliche und unwirtschaftliche. Vielmehr ergibt sich eine Wertungsreihenfolge anhand des Grades der Wirtschaftlichkeit.¹⁶¹

¹⁵⁷ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 132 zu § 122 GWB.

¹⁵⁸ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 133 zu § 122 GWB.

¹⁵⁹ vgl. Kulartz et al., Rn. 39 zu § 122 GWB.

¹⁶⁰ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 17 zu § 122 GWB.

¹⁶¹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 16 zu § 127 GWB.

Die Anforderungen an die Zuschlagskriterien ergeben sich aus § 127 Abs. 3 und 4 GWB.¹⁶² Nach § 127 Abs. 3 GWB wird gefordert, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Regelung dient der Verhinderung der Zuschlagserteilung aufgrund sachfremder Überlegungen.¹⁶³ Die Kriterien können dabei unmittelbar mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (bspw. die Energieeffizienz) oder aber nur mittelbaren Bezug haben (bspw. die Anwendung umweltschonender Herstellungsverfahren).¹⁶⁴ Darüber hinaus müssen die Zuschlagskriterien nach § 127 Abs. 4 GWB weitere Anforderungen erfüllen. Danach müssen sie die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten, eine willkürliche Zuschlagsentscheidung verhindern und ermöglichen, dass ihre Erfüllung wirksam überprüft werden kann. Wie bei der Festlegung der Eignungskriterien steht dem öffentlichen Auftraggeber auch bei der Festlegung der Zuschlagskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu. Vor diesem Hintergrund wurde die Vorschrift des § 127 Abs. 4 GWB geschaffen, welche das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers durch die allgemeinen Vergabegrundsätze Gleichbehandlung, Transparenz und Nichtdiskriminierung beschränken soll.¹⁶⁵

Die Bestimmungen des § 127 GWB dienen grundsätzlich dem Bieterschutz.¹⁶⁶ Der dem Auftraggeber eingeräumte Ermessensspielraum bei der Festlegung der Zuschlagskriterien¹⁶⁷ sowie bei der Ausgestaltung der Bewertungsmethoden kann nur eingeschränkt im Rahmen von Nachprüfungsverfahren überprüft werden.¹⁶⁸ Der Beurteilungsspielraum des Auftraggebers bei der Wertung der Angebote führt dazu, dass auch die Überprüfung der Angebotswertung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nur eingeschränkt möglich ist. Denkbar sind bspw. Überprüfungen der Einhaltung der Bewertungsmethoden oder auch dahingehend, ob der Auftraggeber im Rahmen der Angebotswertung eine vollständige

¹⁶² vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 114 zu § 127 GWB.

¹⁶³ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 116 zu § 127 GWB.

¹⁶⁴ vgl. Kulartz et al., Rn. 61 zu § 127 GWB und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 120 f. zu § 127 GWB.

¹⁶⁵ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 152 zu § 127 GWB.

¹⁶⁶ vgl. Kulartz et al., Rn. 103 ff. zu § 127 GWB.

¹⁶⁷ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 109 zu § 127 GWB.

¹⁶⁸ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 23 zu § 127 GWB.

Sachverhaltsermittlung durchgeführt hat.¹⁶⁹

Nach der herrschenden Meinung beinhaltet § 127 Abs. 1 S. 1 GWB außerdem keinen Anspruch auf Erteilung des Zuschlags – auch nicht auf das wirtschaftlichste Angebot – sondern lediglich ein Verbot der Erteilung des Zuschlags auf ein unwirtschaftliches Angebot.¹⁷⁰ Allerdings hat die Verpflichtung des Auftraggebers zur Festlegung von Zuschlagskriterien bieterschützende Eigenschaft. Somit können Bieter zwar nicht die Festlegung bestimmter Zuschlagskriterien einfordern, denkbar ist aber, dass Nachprüfungsinstanzen den Auftraggeber zur Festlegung von Zuschlagskriterien an sich verpflichten, wenn er dies versäumt hat.¹⁷¹

Aus Sicht des Bieterschutzes ist außerdem zu beachten, dass nach § 127 Abs. 5 GWB die festgelegten Zuschlagskriterien in der Auftragsbekanntmachung, spätestens jedoch in den Vergabeunterlagen aufgeführt sein müssen. Hat also ein Bieter die Möglichkeit, einen Verstoß gegen die Bestimmungen des § 127 GWB in Bezug auf die Zuschlagskriterien anhand der Bekanntmachung oder der Vergabeunterlagen festzustellen, muss er den Verstoß nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 bzw. 3 GWB innerhalb der maßgeblichen Fristen rügen.¹⁷² Unterbleibt die Rüge, ist der Bieter präkludiert. Ein Nachprüfungsantrag kann dann nicht mehr auf den Verstoß gegen die Bestimmung zur Ausgestaltung der Zuschlagskriterien nach § 127 GWB gestützt werden. Das gilt auch für nachfolgende Verstöße, die sich aus dem ursprünglichen Verstoß ergeben.¹⁷³ Ein möglicher Folgeverstoß der Festlegung ungeeigneter Zuschlagskriterien ist die Erteilung des Zuschlags auf Basis derselben. Im Ergebnis sind Festlegung und Anwendung der Zuschlagskriterien also nur einer eingeschränkten Überprüfung durch Nachprüfungsinstanzen zugänglich. Gerade wegen der für Auftraggeber bestehenden Beurteilungs- und Ermessensspielräume birgt die Festlegung und Anwendung von Zuschlagskriterien in der Praxis jedoch ein hohes Fehlerrisiko.

¹⁶⁹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 17 zu § 127 GWB.

¹⁷⁰ vgl. BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 48/97, Rn. 32, <https://www.jurion.de> und Müller-Wrede, Rn. 251 zu § 127 GWB.

¹⁷¹ vgl. Kulartz et al., Rn. 103 zu § 127 GWB.

¹⁷² vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 249 zu § 127 GWB.

¹⁷³ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 41 zu § 160 GWB.

Die Einhaltung der Informations- und Wartepflichten

Erst durch die Schaffung der Informations- und Wartepflichten der §§ 134 und 135 GWB entfaltet der Primärrechtsschutz im Oberschwellenbereich Effektivität. Zwar gibt es bspw. im Zusammenhang mit Eignungs- und Zuschlagskriterien Konstellationen, in denen Bieter schon vor der Angebotsabgabe Vergaberechtsverstöße erkennen und damit noch vor Angebotsöffnung ihre Rechte geltend machen können. Allerdings können Bieterrechte auch erst im Rahmen der Angebotswertung und Zuschlagsentscheidung verletzt werden. Nach erfolgter Zuschlagsentscheidung sind nach § 134 Abs. 1 GWB Bieter und Bewerber unter Angabe der Gründe der Ablehnung ihrer Bewerbung bzw. ihres Angebots zu informieren. Weiter regelt § 134 Abs. 2 GWB, dass der Vertragsschluss erst 15 bzw. zehn Tage nach Versand dieser Information an die unterlegenen Bieter und Bewerber erfolgen darf. Die Frist berechnet sich dabei grundsätzlich nach Kalendertagen, sodass es unerheblich ist, wenn Wochenenden und Feiertage zwischen Fristbeginn und Fristende liegen.¹⁷⁴ Allerdings hat das OLG Düsseldorf festgestellt, dass eine unzumutbare Verkürzung der Rügefrist nach § 134 Abs. 2 GWB durch den Auftraggeber unter Ausnutzung von Wochenenden und Feiertagen unzulässig ist. Der Auftraggeber verkürzte im vorliegenden Fall unter Ausnutzung der Osterfeiertage die faktische Bearbeitungszeit zur Einreichung eines Nachprüfungsantrags auf drei Arbeitstage.¹⁷⁵ Insofern sollten öffentliche Auftraggeber spätestens ab zwei innerhalb der Rügefrist liegenden Feiertagen, die auf einen Arbeitstag fallen, überprüfen, ob die Mindestfrist aus Sicht der Bieter faktisch noch ausreichend ist. Die Vorgaben gelten für sämtliche Vergabearten des Oberschwellenbereichs und entfallen nach § 134 Abs. 3 GWB lediglich bei besonderer Dringlichkeit.¹⁷⁶ Die Einführung der Informationspflichten des § 134 GWB geht auf die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG zurück und bezweckte die Schaffung einer Frist zwischen Zuschlagsentscheidung und Vertragsschluss, um ggf. ein Nachprüfungsverfahren einleiten zu können.¹⁷⁷ Sie ergeben sich aus dem

¹⁷⁴ vgl. Müller-Wrede, Rn. 97 zu § 134 GWB.

¹⁷⁵ vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.11.2014, VII-Verg 20/14, Rn. 35, <https://openjur.de>.

¹⁷⁶ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 2 zu § 134 GWB.

¹⁷⁷ vgl. Kulartz et al., Rn. 2 f. zu § 134 GWB und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 6 zu § 134 GWB.

Transparenzgebot und dem Diskriminierungsverbot.¹⁷⁸ Die Informationspflicht ist damit zentrales Element des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes im Oberschwellenbereich, da es dessen Effektivität sichert. Die Regelung des § 134 GWB entkoppelt Zuschlagsentscheidung und Auftragsvergabe zeitlich und schafft die Möglichkeit einen vergaberechtswidrigen Vertragsschluss zu verhindern¹⁷⁹ bzw. wahrt die Chance unterlegender Bieter auf Erteilung des Zuschlags.¹⁸⁰

Ein Verstoß gegen die Informations- und Wartepflichten des § 134 GWB führt nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB zur Unwirksamkeit des abgeschlossenen Vertrags, sofern der Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nach den §§ 160 ff. GWB festgestellt wurde. Diese Regelung dient der Sicherstellung des Primärrechtsschutzes der Bieter, da einmal geschlossene Verträge nicht aufgehoben werden können. Würde also der Verstoß gegen § 134 GWB nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages führen, wären die Möglichkeiten der Bieter auf den Sekundärrechtsschutz beschränkt.¹⁸¹ Allerdings ist der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zur Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages an die Fristen des § 135 Abs. 2 GWB gebunden. Welche der benannten Fristen maßgeblich ist, ergibt sich daraus, auf welchem Weg betroffene Unternehmen vom Verstoß gegen die Informations- und Wartepflichten des § 134 GWB erfahren.¹⁸² Der Antrag muss demnach spätestens 30 Kalendertage nachdem der öffentliche Auftraggeber die unterlegenen Bieter über den Vertragsschluss informiert hat, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss gestellt werden. Sofern eine Bekanntmachung über vergebene Aufträge im Amtsblatt der EU erfolgt ist, muss der Antrag innerhalb von 30 Kalendertagen nach Veröffentlichung der Bekanntmachung gestellt werden. Sobald die Fristen des § 135 Abs. 2 GWB verstrichen sind, kann die Unwirksamkeit des Vertrages nicht mehr festgestellt werden.¹⁸³

¹⁷⁸ vgl. Kulartz et al., Rn. 2 zu § 134 GWB.

¹⁷⁹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 15 zu § 134 GWB.

¹⁸⁰ vgl. Kulartz et al., Rn. 4 zu § 134 GWB.

¹⁸¹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 2 zu § 135 GWB und Rn. 14 zu § 134 GWB.

¹⁸² vgl. Kulartz et al., Rn. 37 zu § 135 GWB.

¹⁸³ vgl. Kulartz et al., Rn. 36 zu § 135 GWB und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 82 f. zu § 135 GWB.

3.3 Instanzenzug oberhalb der Schwellenwerte

Zunächst muss der Frage nachgegangen werden, welchem Rechtsbereich das Vergaberecht zuzuordnen ist. Mit Inkrafttreten des VgRÄG wurde das GWB-Vergaberecht Teil des Privatrechts. Da Adressat der Regelungen jedoch überwiegend staatliche Körperschaften und Unternehmen sind, welche durch das GWB zu bestimmten Handlungen in Bezug auf den Markt berechtigt bzw. verpflichtet werden,¹⁸⁴ bzw. welche durch ihr Handeln Einfluss auf den Wettbewerb ausüben¹⁸⁵ und die Wirtschaft gezielt fördern und lenken,¹⁸⁶ wird das Vergaberecht ebenfalls dem Wirtschaftsverwaltungsrecht zugeordnet.¹⁸⁷ Die Zuordnung zum Privatrecht ist deshalb von Relevanz, weil sich hieraus ergibt, dass vergaberechtliche Streitfälle nach § 13 GVG der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit zugeordnet wird.

Allerdings muss bezüglich des Rechtswegs zwischen dem sog. Primär- und dem sog. Sekundärrechtsschutz unterschieden werden. Der Primärrechtsschutz dient dazu, eine vergaberechtswidrige Zuschlagserteilung zu verhindern bzw. die Durchführung einer Vergabe ohne Verfahren oder auch eine Entscheidung zur Aufhebung eines Vergabeverfahrens zu überprüfen. Auch wenn ein Nachprüfungsverfahren durch Eintreten verschiedener Umstände erledigt ist, kann die Feststellung eines vom öffentlichen Auftraggeber begangenen Vergaberechtsverstoßes durch die Vergabekammer beantragt werden.¹⁸⁸ Stellt die Vergabekammer bzw. ein Oberlandesgericht einen Rechtsverstoß fest, so entfaltet diese Feststellung nach § 179 GWB Bindungswirkung für spätere Schadensersatzforderungen. Der Primärrechtsschutz bezweckt also in erster Linie die Feststellung darüber, ob ein Vergaberechtsverstoß durch den Auftraggeber begangen wurde oder nicht. Die Folgen eines festgestellten Verstoßes können die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands durch den Auftraggeber oder aber ein Schadensersatzanspruch des zu Unrecht unterlegenen oder übergangenen Bieters nach § 181 GWB sein.¹⁸⁹

¹⁸⁴ vgl. Burgi, S. 12 f..

¹⁸⁵ vgl. Ruthig/ Storr, Rn. 28.

¹⁸⁶ vgl. Ruthig/ Storr, Rn. 1004.

¹⁸⁷ vgl. Burgi, S. 12 f..

¹⁸⁸ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 13 zu § 155 GWB.

¹⁸⁹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 13 zu § 155 GWB.

3.3.1 Instanzenzug zur Erlangung von Primärrechtsschutz

Sofern ein Bieter im Wege des Primärrechtsschutzes gegen einen behaupteten Vergaberechtsverstoß eines öffentlichen Auftraggebers rechtlich vorgehen möchte, ist zunächst ein Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern zu durchlaufen (s. Kap. 3.1.2), denn nach § 156 Abs. 2 GWB können Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB sowie Ansprüche auf Primärrechtsschutz gegenüber öffentlichen Auftraggebern nur vor den Vergabekammern geltend gemacht werden. Die Auseinandersetzung mit dem Instanzenzug zur Erlangung von Primärrechtsschutz im Oberschwellenbereich macht daher zunächst eine vertiefte Betrachtung der Zuständigkeiten, Besetzung und Organisation der Vergabekammer als erste Instanz bzw. Nachprüfungsbehörde erforderlich. Der Grundsatz, wonach die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen den Vergabekammern obliegt, ist in § 155 GWB verankert. Er stellt die erste Regelung des zweiten Kapitels des vierten Teils des GWBs dar, welches sich mit Nachprüfungsverfahren bzw. dem Rechtsschutz im Vergabeverfahren befasst. Im Übrigen sind neben den klassischen öffentlichen Aufträgen, für welche schon vor der Vergaberechtsreform 2016 ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden konnte, nunmehr auch Konzessionsvergaben i. S. d. Richtlinie 2014/23/EU vom Anwendungsbereich des § 155 GWB erfasst.¹⁹⁰

Die Vergabekammern

Die Zuständigkeiten der Vergabekammern ergeben sich aus § 156 Abs. 1 GWB. Bei Bund und Ländern sind jeweils eigene Vergabekammern angesiedelt, bei welchen in Abhängigkeit von der Zuordnung des Auftrags zu Bund oder Ländern Nachprüfungsanträge gestellt werden können. Näheres zur Zuständigkeit regelt § 159 GWB. Nach § 159 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 GWB ergeben sich für die Vergabekammer des Bundes Sonderzuständigkeiten außerhalb der dem Bund direkt zuzuordnenden Aufträge. Die Zuständigkeit der Vergabekammern der Länder richtet sich nach § 159 Abs. 3 GWB nach dem Sitz des Auftraggebers. Sofern in einem Land mehrere Vergabekammern eingerichtet sind, richtet sich die

¹⁹⁰ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 1 zu § 155 GWB.

Zuständigkeit nach § 158 Abs. 2 GWB nach landesrechtlichen Bestimmungen.¹⁹¹ Die Besetzung der Vergabekammern ist in § 157 GWB geregelt. Die Vergabekammern sind jedoch nicht mit Richtern besetzt.¹⁹² Nach § 157 GWB werden ein hauptamtlicher Vorsitzender und ein hauptamtlicher Beisitzer gefordert, die Beamte auf Lebenszeit oder vergleichbar qualifizierte Angestellte sind und die Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst besitzen müssen. Einer der beiden Hauptamtlichen, i. d. R. der Vorsitzende, muss die Befähigung zum Richteramt haben. Hierdurch sollen ausreichende juristische Fachkenntnisse sichergestellt werden.¹⁹³ Zusätzlich ist ein ehrenamtlicher Beisitzer nötig, welcher Sachkenntnisse aus der Vergabepaxis oder der Wirtschaft in das Nachprüfungsverfahren einbringen soll. Dies dient der Vergrößerung des technischen Wissens der Vergabekammer¹⁹⁴ und soll das Einholen von Gutachten entbehrlich machen.¹⁹⁵

Da die Vergabekammern nicht mit Richtern besetzt sind, stellen sie keine Gerichte dar, sondern sind Einrichtungen der Verwaltung.¹⁹⁶ Das wird auch daran deutlich, dass § 157 Abs. 1 GWB ausdrücklich die Unabhängigkeit der Vergabekammern regelt, denn der Grundsatz unabhängiger Gerichte nach Art. 97 Abs. 1 GG und § 1 GVG greift für die Vergabekammern nicht. Dennoch ist die Einrichtung einer ersten Instanz als Teil der Verwaltung keine speziell in Deutschland anzutreffende Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Oberschwellenvergaberecht. Vielmehr stellt die Einrichtung der Vergabekammern eine Möglichkeit der Ausgestaltung von EU-Recht, genauer des Art. 2 Abs. 9 der Richtlinie 89/665/EWG dar. Danach ist die Überprüfung von Vergaberechtsverstößen in erster Instanz durch die Vergabekammern zulässig, da diese in ihrer Entscheidung unabhängig sind¹⁹⁷ und die Entscheidungen der Vergabekammern im Wege der Klage oder Nachprüfung vor einem Gericht behandelt werden können.¹⁹⁸ Gerichtlicher Rechtsschutz kann somit nur vor den ordentlichen Gerichten, konkret nach erfolglosem

¹⁹¹ vgl. Kulartz et al., Rn. 1 zu § 159 GWB.

¹⁹² vgl. Ax/ Schneider/ Ottenströer, Rn. 1.

¹⁹³ vgl. Kulartz et al., Rn. 43 zu § 159 GWB und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 17 zu § 157 GWB.

¹⁹⁴ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 13 zu § 157 GWB.

¹⁹⁵ vgl. Kulartz et al., Rn. 45 zu § 159 GWB.

¹⁹⁶ vgl. Ax/ Schneider/ Ottenströer, Rn. 1 und Burgi, S. 13.

¹⁹⁷ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 7 zu § 157 GWB.

Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer, vor den Oberlandesgerichten und ggf. dem Bundesgerichtshof gesucht werden.¹⁹⁹

Die ordentlichen Zivilgerichte

Gegen die Entscheidung einer Vergabekammer ist nach § 171 Abs. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig, über welche nach § 171 Abs. 3 GWB die Oberlandesgerichte entscheiden. Dort sind Vergabesenate zu bilden. Da es sich bei den Vergabekammern um Verwaltungseinrichtungen handelt, deren Beschlüsse Verwaltungsakte darstellen, wäre grundsätzlich der Rechtsweg der Verwaltungsgerichtsbarkeit eröffnet. Bei der Regelung des § 171 Abs. 3 GWB handelt es sich somit um eine spezielle Rechtswegzuweisung nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.²⁰⁰ Nach § 171 Abs. 4 GWB können die Länder die Zuständigkeit bei einem zentralen Oberlandesgericht ansiedeln.²⁰¹ Hiervon haben alle Länder mit mehreren Oberlandesgerichten Gebrauch gemacht.²⁰² Das Oberlandesgericht entscheidet im Rahmen der sofortigen Beschwerde letztinstanzlich. Weitere Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Vergabesenate sind nicht gegeben. Ob ein Fall dem Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 2 GWB vorgelegt wird, entscheidet allein der jeweilige Vergabesenat beim Oberlandesgericht.²⁰³

Der Europäische Gerichtshof

Der EuGH ist für die in Art. 251 ff. AEUV aufgeführten Klagearten zuständig. Allerdings haben Bieter und Unternehmen keinen direkten Zugang zum EuGH.²⁰⁴ Dennoch können bzw. müssen (bei letztinstanzlichen Entscheidungen) Nachprüfungsinstanzen im Fall einer Unklarheit bez. der Auslegung von EU-Recht den EuGH im Rahmen einer Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV beteiligen. Die Entscheidung des EuGH entfaltet für die vorlegende Nachprüfungsinstanz bindende Wirkung.²⁰⁵ Das Vorabentscheidungsverfahren

¹⁹⁸ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 16 zu § 155 GWB.

¹⁹⁹ vgl. Burgi, S. 13.

²⁰⁰ vgl. Kulartz et al., Rn. 82 zu § 171 GWB.

²⁰¹ vgl. Kulartz et al., Rn. 80 zu § 171 GWB.

²⁰² vgl. Kulartz et al., Rn. 83 zu § 171 GWB.

²⁰³ vgl. Kulartz et al., Rn. 2 zu § 171 GWB.

²⁰⁴ vgl. Knauff, Effektiver Vergaberechtsschutz, Rn. 4.

²⁰⁵ vgl. Knauff, Effektiver Vergaberechtsschutz, Rn. 5.

dient jedoch nicht dem Vergaberechtsschutz, sondern zielt auf eine Vereinheitlichung der Auslegung des EU-Rechts ab.²⁰⁶ Aufgrund ihrer Bindungswirkung sind die Vorabentscheidungen des EuGH für die Rechtsentwicklung und damit für die Praxis von erheblicher Bedeutung.²⁰⁷ Daneben ist der EuGH zuständig für Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV. Ein solches kann bei Vorliegen von Vergaberechtsverstößen öffentlicher Auftraggeber gegen die Bundesrepublik Deutschland entweder nach Art. 258 AEUV von der Europäischen Kommission oder nach Art. 259 AEUV von anderen Mitgliedsstaaten eingeleitet werden.²⁰⁸

3.3.2 Instanzenzug zur Erlangung von Sekundärrechtsschutz

Sofern ein Vergaberechtsverstoß eines öffentlichen Auftraggebers im Wege des Primärrechtsschutzes festgestellt wurde, kann Schadensersatz im Wege des Sekundärrechtsschutzes nach § 181 GWB durch die Bieter stets nur vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.²⁰⁹ Der Rechtsweg für Bieter zur Einforderung von Schadensersatz ist aufgrund der Zuordnung des Vergaberechts zum Privatrecht nach § 13 GVG der Weg der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit. In Abhängigkeit vom Streitwert sind also nach § 23 Nr. 1 GVG und § 71 Abs. 1 GVG in erster Instanz die Amtsgerichte oder Landgerichte zuständig.

4 Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

Im Zusammenhang mit der Frage nach dem Rechtsschutz im Unterschwellenbereich müssen verschiedene Teilfragestellungen erörtert werden. Zunächst gilt es grundsätzlich zu klären, ob und inwiefern subjektive Rechte der Bieter überhaupt bestehen, die im Wege des Rechtsschutzes geltend gemacht werden können. Da im Gegensatz zum Oberschwellenbereich überwiegend keine vergaberechtlichen Regelungen bestehen, muss hierzu die Rechtsprechung zur Entwicklung des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte ausgewertet

²⁰⁶ vgl. Knauff, Divergenz- und EuGH- Vorlage, Rn. 21.

²⁰⁷ vgl. Knauff, Divergenz- und EuGH- Vorlage, Rn. 22.

²⁰⁸ vgl. Knauff, Effektiver Vergaberechtsschutz, Rn. 6.

²⁰⁹ vgl. Leinemann, Rn. 2059 und Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 14 zu § 155 GWB.

werden. Schließlich muss ausgearbeitet werden, unter welchen Voraussetzungen der Rechtsweg jeweils eröffnet ist. Außerdem stellt sich die Frage, welche vergaberechtlichen Vorschriften bieterschützenden Charakter haben und damit nach der Schutznormlehre einen Anspruch auf Einhaltung seitens der Bieter begründen.²¹⁰ Anschließend wird untersucht, welcher Zweig der Gerichtsbarkeit zuständig ist und welche Funktion die Fach- und Rechtsaufsichtsbehörden erfüllen. Zuletzt wird erörtert, inwiefern ein Ausbau der Effektivität des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich sinnvoll ist.

4.1 Aktuelle Rechtslage im Unterschwellenbereich

Es stellt sich die Frage, inwiefern für die Bieter im Unterschwellenbereich Primär- bzw. Sekundärrechtsschutz besteht. Zur Beurteilung dieser Frage muss zunächst die bisherige Entwicklung des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich untersucht werden. Hierzu wird nachfolgend vertieft auf die einzelnen Elemente entsprechend der aktuellen Rechtslage zum Primär- und Sekundärrechtsschutz im Unterschwellenbereich eingegangen.

Nachprüfungsstellen nach VOB/A

Außerhalb des gerichtlichen Rechtsschutzes steht den Bietern im Vergabeverfahren zumindest im Anwendungsbereich der VOB/A die Anrufung der zuständigen Nachprüfungsstelle i. S. d. § 21 VOB/A als Option zur Verfügung. Das Anrufen der zuständigen Fach- und Rechtsaufsichtsbehörden bietet per se noch keinen Schutz vor Erteilung eines möglicherweise rechtswidrigen Zuschlags. Das Anrufen der Aufsichtsbehörden stellt formal betrachtet auch kein Rechtsschutzverfahren dar. Es besteht außerdem kein Anspruch des Bieters auf ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörden.²¹¹ Allerdings werden diese einen vermeintlichen Vergaberechtsverstoß dennoch prüfen und den öffentlichen Auftraggeber zumindest zur Beseitigung auffordern. Auch wenn der Bieter keine Ansprüche geltend machen kann, so kann die Aufsichtsbehörde bei Weigerung der

²¹⁰ vgl. Kulartz et al., Rn. 241 zu § 97 GWB.

²¹¹ vgl. Kapellmann/ Messerschmidt, Rn. 2 zu § 21 VOB/A und Pünder/ Schellberg, Rn. 3 zu § 21 VOB/A.

Vergabestelle den Rechtsverstoß mittels Ersatzvornahme selbst beseitigen.²¹² Deshalb haben die anrufenden Bieter und Bewerber gute Chancen, dass die Auftraggeber den Aufforderungen der Aufsichtsbehörden Folge leisten und die Rechtmäßigkeit wiederherstellen.²¹³ Darüber hinaus kann das Verfahren von den Aufsichtsbehörden vorläufig ausgesetzt werden, um eine Zuschlagserteilung zu verhindern. Allerdings setzt dies voraus, dass die Zuschlagserteilung nicht bereits erfolgt ist.²¹⁴ Mangels entsprechender Informationspflichten erfahren die Bieter jedoch regelmäßig erst im Nachhinein von der Erteilung des Zuschlags, sodass die Option des Anrufes der Nachprüfungsstellen wenig Effektivität entfaltet. Über das Anrufen der Nachprüfungsstellen hinaus kommen allerdings noch der sog. Primärrechtsschutz, also die Möglichkeit einen Anspruch auf Tun oder Unterlassen gegenüber einer Vergabestelle einzufordern, und der sog. Sekundärrechtsschutz, also die Durchsetzung von Schadensersatzforderungen in Betracht.²¹⁵

4.1.1 Sekundärrechtsschutz im Unterschwellenbereich

Zwar ist zum einen im Oberschwellenbereich die Zahl der potenziellen Schadensersatzberechtigten im Wege des Sekundärrechtsschutzes tendenziell größer. Zum anderen sind dort die Zivilgerichte nach § 179 GWB bei Ansprüchen aus § 181 GWB an die Entscheidung der Vergabekammer über das Vorliegen eines Rechtsverstoßes gebunden. Dennoch ist auch im Unterschwellenbereich grundsätzlich unstreitig, dass Schadensersatzansprüche im Wege des Sekundärrechtsschutzes geltend gemacht werden können.²¹⁶ Hinsichtlich der Voraussetzungen s. Kap. 4.2.3.

²¹² vgl. Kapellmann/ Messerschmidt, Rn. 2 zu § 21 VOB/A und Pünder/ Schellberg, Rn. 3 zu § 21 VOB/A.

²¹³ vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 433 und Kapellmann/ Messerschmidt, Rn. 2 zu § 21 VOB/A.

²¹⁴ vgl. Kapellmann/ Messerschmidt, Rn. 6 zu § 21 VOB/A und Pünder/ Schellberg, Rn. 3 zu § 21 VOB/A.

²¹⁵ vgl. Kulartz et al., Rn. 238 zu § 97 GWB.

²¹⁶ vgl. Hertwig, Rn. 422.

4.1.2 Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich

Teilweise wird argumentiert, es herrsche in der Praxis die Meinung, mangels ausdrücklicher Regelungen bestehe im Unterschwellenbereich kein Primärrechtsschutz.²¹⁷ Deshalb wird zum Teil die Auffassung vertreten, es bestehe dringende Notwendigkeit zur Schaffung eines einheitlichen Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich,²¹⁸ wie dies bspw. in Sachsen, Thüringen und Sachsen-Anhalt geschehen ist.²¹⁹ Unabhängig von der Frage, ob explizite und/ oder einheitliche Regelungen für den Unterschwellenbereich sinnvoll oder gar notwendig sind, muss erörtert werden, wie sich die Entwicklung der Rechtsprechung zum Rechtsschutz im Unterschwellenbereich bis zum aktuellen Zeitpunkt darstellt. Damit jedoch Primärrechtsschutz erlangt werden kann, muss das Bestehen subjektiver Rechte bejaht werden.²²⁰ Zum einen beschäftigt die Frage nach dem Vorliegen subjektiver Rechte der Bieter und damit auch des Bestehens von Primärrechtsschutz die Rechtsprechung noch immer. Zum anderen sind auch die ergehenden Urteile hierzu nach wie vor nicht einheitlich.²²¹ Dennoch besteht Einigkeit darüber, dass sich trotz fehlender Regelungen in den Unterschwellenvergabeordnungen in der Rechtsprechung eine starke Tendenz entwickelt hat, wonach den Bietern auch unterhalb der Schwellenwerte Primärrechtsschutz zugebilligt wird.²²² Die bislang maßgebliche Entscheidung zur Frage des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich seit Einführung des Anspruchs auf Einhaltung vergaberechtlicher Regelungen nach § 97 Abs. 6 GWB mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz im Jahr 1999²²³ erging durch das

²¹⁷ vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 432. Anmerkung: die dort vorgetragene Behauptung wird jedoch nicht mit Nachweisen belegt.

²¹⁸ vgl. Leinemann, Rn. 5.

²¹⁹ vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 434 und § 19 ThürVgG, § 8 SächsVergG und § 19 LVG LSA.

²²⁰ vgl. Kapellmann/ Messerschmidt, Rn. 3 zu § 21 VOB/A und Kulartz et al., Rn. 237 f..

²²¹ Primärrechtsschutz verneinend: LG Bad Kreuznach, Urteil vom 06.06.2007, 2 O 198/07, <https://beck-online.beck.de> (beschränkt Primärrechtsschutz auf Vorsatz- und Willkürverbot). Primärrechtsschutz bejahend: OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010, I-27 U 1/09, <https://openjur.de> und OLG Jena, Urteil vom 08.12.2008, 9 U 431/08, <http://tlvwva.thueringen.de> (stützen beide Unterlassungsanspruch auf vorvertragliches Schuldverhältnis) sowie OLG Brandenburg, Urteil vom 02.10.2008, 12 U 91/08, <https://dejure.org> (stützt Unterlassungsanspruch auf Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG).

²²² vgl. Kapellmann/ Messerschmidt, Rn. 3 zu § 21 VOB/A und Leinemann, Rn. 6 sowie Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 432.

²²³ vgl. Kulartz et al., Rn. 237 zu § 97 GWB.

Bundesverfassungsgericht im Jahr 2006.²²⁴

4.1.3 Entscheidung des BVerfG zum Primärrechtsschutz im Unterswellenbereich

Nachdem ein Antrag auf Nachprüfung gestützt auf § 97 Abs. 7 GWB a. F. der damaligen Beschwerdeführerin von der Vergabekammer des Saarlands mangels Erreichen des maßgeblichen Schwellenwerts zurückgewiesen wurde,²²⁵ legte die Beschwerdeführerin zunächst sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht ein, welche jedoch ebenfalls zurückgewiesen wurde. Zur Begründung führte das Gericht aus, mangels subjektiver Rechte sei kein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 19 Abs. 4 GG gegeben. Darüber hinaus sei auch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG gegeben, weil die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt sei.²²⁶ Es obliege dem Gesetzgeber abzuwägen, ob zur Schaffung eines gesetzlichen Primärrechtsschutzes die damit verbundenen Belastungen für öffentliche Auftragnehmer und ggf. auch Bieter in Kauf genommen werden sollten oder nicht. Darüber hinaus stehe Bietern, die bei der Zuschlagserteilung zu Unrecht übergangen wurden, unstreitig Sekundärrechtsschutz zur Geltendmachung von Schadensersatzforderungen zu.²²⁷ Schließlich legte die Beschwerdeführerin Verfassungsbeschwerde ein, weil sie sich in ihren Grundrechten nach Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG verletzt sah.²²⁸

Analyse der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Primärrechtsschutz im Unterswellenbereich

Das Bundesverfassungsgericht sah die Beschwerde als unbegründet an. Aus der Nichtanwendbarkeit des § 97 Abs. 7 GWB a. F. allein könne keine Verletzung subjektiver Rechte aus den Artikeln 3 Abs.1, 19 Abs. 4 oder 20 Abs. 3 GG

²²⁴ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, <http://www.bverfg.de> und Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 432.

²²⁵ vgl. VK Saarland, Entscheidung vom 20.09.2002, 1 VK 05/2002, nicht veröffentlicht.

²²⁶ vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 29.04.2003, 5 Verg 4/02, II. 2. c), <https://dejure.org>.

²²⁷ vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 29.04.2003, 5 Verg 4/02, II. 2. c) cc), <https://dejure.org>.

²²⁸ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 30, <http://www.bverfg.de>.

festgestellt werden.²²⁹ Es liege kein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG vor, weil der Staat bzw. öffentliche Auftraggeber im Rahmen von Beschaffungsvorgängen keine hoheitliche Gewalt ausübten, sondern als Marktteilnehmer aufträten.²³⁰ Der Bieter habe jedoch aus Art. 20 Abs. 3 GG einen Justizgewährungsanspruch, sofern er die Verletzung einer durch die Rechtsordnung gewährten Rechtsposition gelten machen wolle. Entsprechende Rechtspositionen könnten sich entweder aus einfachgesetzlichen Regelungen, oder aber aus Grundrechten ergeben. Zwar scheide § 97 Abs. 7 GWB a. F. als einfachgesetzliche Regelung aus, dafür gewähre aber der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG ein rügefähiges subjektives Recht.²³¹ Denn unabhängig davon, ob der öffentliche Auftraggeber hoheitlich tätig ist, müsse jede Form staatlichen Handelns dem Gemeinwohl dienen. Dies sei bei einer willkürlichen Vorgehensweise und Behandlung der Bieter im Rahmen von Auftragsvergaben nicht gegeben. Es sei erforderlich, jedem Bieter dieselben Chancen einzuräumen. Sofern der öffentliche Auftraggeber von dieser Forderung abweicht, könne dies einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darstellen.²³²

Allerdings seien die nach der Rechtsordnung verfügbaren Möglichkeiten auch ohne eine dem § 97 Abs. 7 GWB a. F. entsprechende Regelung für den Unterschwellenbereich ausreichend.²³³ Zur Begründung führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass es grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers sei, das Rechtsschutzsystem zu gestalten. Dabei habe er abzuwägen, ob die allgemeinen Schutzmöglichkeiten ausreichen, oder ob spezielle Regelungen nötig sind. Der im Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG enthaltene allgemeine Justizgewährungsanspruch diene nicht per se der Verbesserung des Rechtsschutzes, sondern erfordere eine Abwägung zwischen dem gesuchten Rechtsschutz und den entgegenstehenden Interessen.²³⁴ Dieselben Überlegungen habe der Gesetzgeber anzustellen, wenn er über die Notwendigkeit der Schaffung besonderer Rechtsschutzmöglichkeiten nachdenke, da er durch Art. 20 Abs. 3 GG

²²⁹ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 49, <http://www.bverfg.de>.

²³⁰ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 50 f., <http://www.bverfg.de>.

²³¹ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 53 ff., <http://www.bverfg.de>.

²³² vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 64 f., <http://www.bverfg.de>.

²³³ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 66, <http://www.bverfg.de>.

²³⁴ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 68, <http://www.bverfg.de>.

in der Ausgestaltung der Rechtsordnung an die Grundrechte gebunden sei.²³⁵ Die im Rahmen der Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Vergabeverfahren erfolgten Überlegungen seien verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Vor allem sei eine dem § 13 VgV a. F. bzw. nunmehr § 134 GWB entsprechende Informations- und Wartepflicht vor Zuschlagserteilung entbehrlich.²³⁶

Kernaussage des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht bestätigt also aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG das Vorliegen eines Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte auch ohne spezielle einfachgesetzliche Regelungen.²³⁷ Insofern folgt es nicht der Auffassung der Bundesregierung, ein subjektives Recht auf Primärrechtsschutz für Bieter ergebe sich unabhängig von vergaberechtlichen Bestimmungen auch nicht aus Grundrechten.²³⁸

Außerdem stellt es klar, dass die gesetzgeberischen Abwägungen zwischen dem Rechtsschutzinteresse der unterlegenen Bieter einerseits und dem Interesse der öffentlichen Auftraggeber und der erfolgreichen Bieter an einer zügigen Auftragserteilung andererseits bei der Ausgestaltung der einfachgesetzlichen Regelungen zum Rechtsschutz im Vergabeverfahren den Anforderungen des Art. 20 Abs. 3 GG genügen. Deshalb ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch das Fehlen von Informationspflichten entsprechend § 134 GWB nicht zu beanstanden. Einerseits wird also ein Anspruch auf Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich bestätigt, andererseits aber eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung der rechtlichen bzw. praktischen Voraussetzung zur Wahrnehmung des Rechtsschutzes – nämlich einer Informationspflicht der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung – verneint. An diesem Punkt führt die Entscheidung in der Praxis jedoch dazu, dass der Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich zwar vorhanden, aber nicht effektiv ist. Das war dem Bundesverfassungsgericht 2006 auch bewusst.²³⁹ Die

²³⁵ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 70, <http://www.bverfg.de>.

²³⁶ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 74, <http://www.bverfg.de>.

²³⁷ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 55, <http://www.bverfg.de>.

²³⁸ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 44, <http://www.bverfg.de>.

²³⁹ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 85, <http://www.bverfg.de>.

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bezüglich des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich ist also nicht dahingehend zu interpretieren, dass ein Fehlen von Rechtsschutzmöglichkeiten im Unterschwellenbereich verfassungskonform sei. Denn aus dem Justizgewährungsanspruch nach Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG erwächst den Bietern ein Primärrechtsschutzanspruch. Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings festgestellt, dass eine andere Ausgestaltung als im Oberschwellenbereich zulässig ist.²⁴⁰ Das faktische Fehlen eines effektiven Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich wird nicht beanstandet²⁴¹ und lediglich auf die Rolle des Gesetzgebers verwiesen, dessen Aufgabe es sei, das Rechtsschutzsystem auszuformulieren.²⁴²

4.1.4 Landesrechtlicher Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich

Der Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich entfaltet also aufgrund fehlender Informationspflichten vor der Zuschlagserteilung nur wenig Effektivität. Kernelemente der von einigen Bundesländern geschaffenen Regelungen im Unterschwellenbereich sind deshalb vor allem entsprechende Informationspflichten sowie Zuschlagsverbote während der den Bietern zu gewährenden Rügefrist, ähnlich den Vorgaben des § 134 Abs. 1 und 2 GWB.²⁴³ Allerdings gelten auch diese Bestimmungen wiederum nur mit Einschränkungen. Sie sind nach § 19 Abs. 4 ThürVgG, § 19 Abs. 4 LVG LSA nicht auf Vergaben für Bauleistungen bis zu 150.000,00 € Volumen und Vergaben für Lieferungen und Leistungen bis 50.000,00 € Volumen anzuwenden. Nach § 8 Abs. 3 SächsVergG sind Bauleistungen bis 75.000,00 € Volumen sowie Lieferungen und Leistungen bis 50.000,00 € Volumen von der Nachprüfung ausgenommen. Darüber hinaus führt eine Beanstandung eines Bieters nach erfolgter Information über die beabsichtigte Zuschlagserteilung, welcher vom Auftraggeber nicht abgeholfen wird, zur Vorlage bei der Nachprüfungsbehörde. Nach § 8 Abs. 1 SächsVergG und § 19 Abs. 2 ThürVgG besteht jedoch kein Anspruch für die Bieter auf ein

²⁴⁰ vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 432.

²⁴¹ vgl. Wollenschläger, Rn. 37 f..

²⁴² vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 67 f., <http://www.bverfg.de>.

Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde. Der für Sachsen-Anhalt maßgebliche § 19 Abs. 1 LVG LSA enthält diesbezüglich keine spezifische Regelung. Somit handelt es sich bei den geschaffenen Regelungen nicht um einen vollwertigen vergaberechtlichen Primärrechtsschutz für den Unterschwellenbereich. Dennoch wurde durch die Pflicht zur Information vor Zuschlagserteilung für die Bieter die Möglichkeit geschaffen, effektiven Primärrechtsschutz vor den Zivilgerichten zu suchen (s. Kap. 4.4.1).

4.2 Voraussetzungen des Rechtsschutzanspruchs im Unterschwellenbereich

Wie im Kapitel 4.1 dargestellt besteht auch im Unterschwellenbereich grundsätzlich ein Anspruch auf Primär- und Sekundärrechtsschutz. Fraglich ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen der Rechtsweg jeweils eröffnet ist. Dabei ist zwischen den Voraussetzungen des allgemeinen Primärrechtsschutzanspruchs, den Voraussetzungen des Primärrechtsschutzanspruchs bei Binnenmarktrelevanz und den Voraussetzungen für Sekundärrechtsschutz zu unterscheiden.

4.2.1 Voraussetzungen des Primärrechtsschutzanspruchs allgemein

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte den Anspruch auf Primärrechtsschutz bei Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften aus Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG. In einer jüngeren Entscheidung hat außerdem das OLG Celle erneut die Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter im Unterschwellenbereich bestätigt. Aus dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis nach § 280 Abs. 1 i. V. m. § 311 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB erwachse den Bietern bei Verletzung des Vertrauensverhältnisses nicht nur ein Schadensersatzanspruch im Wege des Sekundärrechtsschutzes, sondern auch ein Unterlassungsanspruch gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber im Wege des Primärrechtsschutzes.²⁴⁴

²⁴³ vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 434.

²⁴⁴ vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010, I-27 U 1/09, Rn. 38, <https://openjur.de> und OLG Celle, Urteil vom 23.02.2016, 13 U 148/15, Rn. 7, <https://openjur.de>.

4.2.2 Voraussetzungen des Primärrechtsschutzanspruchs bei Vorliegen von Binnenmarktrelevanz

Der Rechtsweg zur Erlangung von Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich ist außerdem immer dann eröffnet, wenn einem Auftrag Binnenmarktrelevanz beigemessen wird. Wie unter 2.2 bereits skizziert, sollte das Vorliegen von Binnenmarktrelevanz geprüft werden, wenn nach der Kostenschätzung 10% des jeweils maßgeblichen Schwellenwerts erreicht werden. Die aktuellen Schwellenwerte der EU-Vergaberichtlinien belaufen sich nach den Durchführungsverordnungen (EU) 2015/2170, 2015/2171 und 2015/2172 für Bauleistungen auf 5.225.000,00 € und für Liefer- und Dienstleistungen auf 209.000,00 bzw. auf 418.000,00 € im Sektorenbereich. Das heißt, dass Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich ohne das Vorliegen weiterer besonderer Voraussetzungen bei Bauleistungen bereits ab einem Volumen von 522.500,00 €, bei Liefer- und Dienstleistungen bereits ab einem Volumen von 20.900,00 €, bzw. 41.800,00 € für Sektorenauftraggeber gegeben sein kann. Das Vorliegen von Binnenmarktrelevanz wird bejaht, wenn „der Auftrag nach den konkreten Marktverhältnissen, das heißt mit Blick auf die angesprochenen Branchenkreise und ihre Bereitschaft, Aufträge ggf. in Anbetracht ihres Volumens und des Ortes der Auftragsdurchführung auch grenzüberschreitend auszuführen, für ausländische Anbieter interessant sein könnte“.²⁴⁵ Zwar gelten die Grundsätze des Vergaberechts – im Einzelnen Verhältnismäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung – auch im Unterschwellenbereich. Allerdings kann die Forderung zur Einhaltung dieser Prinzipien bei Unterschwellenvergaben auf die EU-Grundfreiheiten gestützt werden, wenn dem Auftrag grenzüberschreitendes Interesse beigemessen wird.²⁴⁶ Grundsätzlich gelten die Prinzipien des AEUVs auch unterhalb der Schwellenwerte.²⁴⁷ Bei Binnenmarktrelevanz ergibt sich daher aus den primärrechtlichen Grundfreiheiten des Art. 49 und des Art. 56 AEUV die

²⁴⁵ BGH, Urteil vom 30.08.2011, X ZR 55/10, Rn. 12, <https://www.jurion.de> vgl. auch OLG Celle, Urteil vom 23.02.2016, 13 U 148/15, Rn. 21, <https://openjur.de>.

²⁴⁶ vgl. EuGH, Urteil vom 16.04.2015, C-278/14, Rn. 16, <http://curia.europa.eu> und Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 432.

²⁴⁷ vgl. EuGH, Urteil vom 16.04.2015, C-278/14, Rn. 16, <http://curia.europa.eu>.

Verpflichtung zur europaweiten Ausschreibung eines Auftrags.²⁴⁸ Die Grundsätze der Gleichbehandlung und des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit erfordern zu ihrer Einhaltung Transparenz im Vergabeverfahren. Es ist dabei jeweils ein angemessenes Maß an Öffentlichkeit herzustellen.²⁴⁹ Bezüglich des Umfangs der Veröffentlichung bzw. der Beurteilung der Angemessenheit ist deshalb auf das Auftragsvolumen abzustellen. Je größer das finanzielle Volumen der Vergabe, desto höher ist der Publizitätsanspruch.²⁵⁰ Die Forderung nach Transparenz umfasst jedoch nicht nur die Auftragsbekanntmachung. Nach einer Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2000 soll es im Wege der Nachprüfung auch möglich sein zu überprüfen, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurde.²⁵¹ Allerdings lässt das EuGH offen, wie diese Möglichkeit zur Nachprüfung aussehen soll. Allein aufgrund der Formulierung des EuGH könnte man also zu dem Schluss kommen, es müsste bei Vorliegen von Binnenmarktrelevanz ein Nachprüfungsverfahren entsprechend den §§ 155 ff. GWB möglich sein, welches aus Effektivitätsgründen eine Informationspflicht vor der Zuschlagserteilung erforderlich machen würde. In ihrer „Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ vom 01.08.2006 hat die Europäische Kommission jedoch festgestellt, dass die Richtlinie über Nachprüfungsverfahren nicht anzuwenden ist. Zwar muss für Rechte, die sich aus der Gemeinschaftsrechtsordnung ableiten, ein effektiver gerichtlicher Rechtsschutz gegeben sein. Allerdings sei die Schaffung entsprechender Regelungen Aufgabe der Mitgliedsstaaten. Die Regelungen genügen danach gemeinschaftsrechtlichen Ansprüchen, wenn die Rechtsschutzmöglichkeiten nicht weniger wirksam und nicht weniger effektiv sind als bei Ansprüchen aus nationalen Gesetzen. Solange ein Bieter im laufenden Vergabeverfahren über für ihn möglicherweise nachteilige Entscheidungen informiert wird und im Nachgang zur Zuschlagserteilung über die

²⁴⁸ vgl. Hertwig, Rn. 26 und Rn. 47.

²⁴⁹ vgl. EuGH, Urteil vom 13.10.2005, C-458/03, Rn. 49, <http://curia.europa.eu>. und Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen vom 01.08.2006, ABl. C-179/3, S. 2 f..

²⁵⁰ vgl. Egger, Rn. 50.

Gründe der Entscheidung informiert wird, ist auch dem Erfordernis der Effektivität des Rechtsschutzes ausreichend Rechnung getragen.²⁵² Somit erfüllen die bestehenden Informationspflichten nach den § 19 VOB/A, § 19 VOL/A bzw. § 46 UVgO die nötigen Voraussetzungen. Eine gesonderte Unterrichtung der unterlegenen Bieter vor beabsichtigter Zuschlagserteilung ist nicht erforderlich. Es sind also einerseits die EU-Vergaberichtlinien als EU-Sekundärrecht maßgeblich für die Ausgestaltung des nationalen Oberschwellenvergaberechts. Andererseits unterscheidet jedoch Art. 18 AEUV, welcher ein Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit beinhaltet, nicht nach Auftragsvolumina ober- oder unterhalb der maßgeblichen Schwellenwerte. Es wird daher EU-primärrechtlich zumindest bei Vorliegen von Binnenmarktrelevanz die Existenz eines effektiven Rechtsschutzes gefordert.²⁵³ Daraus ergibt sich ein Anspruch auf einen, wenn auch nicht gesondert kodifizierten, europarechtlichen Primärrechtsschutz der Bieter im Unterschwellenbereich.²⁵⁴ Da das EU-Recht bei Vorliegen von Binnenmarktrelevanz unmittelbar anzuwenden ist,²⁵⁵ kommt bei Verfahren über Vergaben mit Binnenmarktrelevanz die Beteiligung des EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, dass Unklarheiten bezüglich entscheidungserheblicher Fragen zur Auslegung des EU-Rechts bestehen.²⁵⁶

4.2.3 Voraussetzungen des Sekundärrechtsschutzanspruchs

Der Sekundärrechtsschutz der Bieter im Unterschwellenbereich erstreckt sich auf den sog. Vertrauensschaden. Dieser stützt sich auf die § 280 Abs. 1 i. V. m. § 311 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB und kann geltend gemacht werden, wenn ein Auftraggeber das vorvertragliche Vertrauensverhältnis verletzt und bspw. ohne Rechtfertigungsgrund ein bereits eingeleitetes Vergabeverfahren aufhebt.²⁵⁷ In

²⁵¹ vgl. EuGH, Urteil vom 07.12.2000, C-324/98, Rn. 62, <https://www.jurion.de>.

²⁵² vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen vom 01.08.2006, ABl. C-179/7, S. 6.

²⁵³ vgl. Knauff, Effektiver Vergaberechtsschutz, Rn. 3.

²⁵⁴ vgl. Zeiss, S. 26.

²⁵⁵ vgl. Zeiss, S. 26.

²⁵⁶ vgl. Knauff, Effektiver Vergaberechtsschutz, Rn. 4 f..

²⁵⁷ vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 433 f..

jedem Fall muss jedoch ein Verstoß gegen eine vergaberechtliche Bestimmung vorliegen, der in kausalem Zusammenhang zum entstandenen Schaden steht.²⁵⁸ Darüber hinaus ist auch im Unterschwellenbereich der Schadensersatz i. d. R. auf das negative Interesse beschränkt und kann das positive Interesse nur dann umfassen, wenn der Auftrag bei korrekter Abwicklung an den klagenden Bieter hätte erteilt werden müssen und es dem Auftraggeber gelingt, den Beweis hierfür zu erbringen.²⁵⁹

4.3 Bieterschützende Vorschriften im Unterschwellenbereich

Die unter Kap. 3.2 aufgeführten Bestimmungen entfalten grundsätzlich auch im Unterschwellenbereich bieterschützende Wirkung.²⁶⁰ Nachfolgend soll jedoch auf die Unterschiede vor allem hinsichtlich der Ansprüche der Bieter sowie die praktische Relevanz der Ansprüche eingegangen werden.

Die Schätzung des Auftragswertes

Die Vergabeordnungen im Unterschwellenbereich enthalten keine ausdrücklichen Regelungen zur Vornahme einer Kostenschätzung. Wie im Oberschwellenbereich ist die Schätzung des Auftragswertes aber auch im Unterschwellenbereich von praxisrelevanter Bedeutung. Das gilt bei Projekten im Unterschwellenbereich vor allem zu Beginn des Projektes bezüglich der Frage nach den Gesamtkosten, um Klarheit zu haben, ob der vierte Teil des GWB Anwendung findet oder nicht (s. Kap. 3.2). Darüber hinaus ist die Schätzung des Auftragswertes einzelner Gewerke unter anderem maßgeblich dafür, welche Verfahrensart jeweils zulässig ist (vgl. § 3a Abs. 2 und Abs. 4 VOB/A, § 3 Abs. 4 lit. b VOL/A i. V. m. Ziff. 6.2 VwV Beschaffung sowie § 3 Abs. 5 lit. i VOL/A i. V. m. Ziff. 6.3 VwV Beschaffung). Wie bei Schadensersatzansprüchen im Oberschwellenbereich (s. Kap. 3.1.3) ist auch im Unterschwellenbereich der sekundärrechtliche

²⁵⁸ vgl. Ax/ Schneider/ Ottenströer, Rn. 262.

²⁵⁹ vgl. OLG Köln, Urteil vom 23.07.2014, 11 U 104/13, Rn. 27, <https://openjur.de>.

²⁶⁰ vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010, I-27 U 1/09, Rn. 39 f., <https://openjur.de> und Dieckmann/ Scharf/ Wagner-Cardenal, Rn. 24 und Rn. 53 zu § 3 VOL/A sowie Ley/ Wankmüller, S. 7.

Schadensersatzanspruch i. d. R. auf das negative Interesse beschränkt.²⁶¹ Damit der unterlegene Bieter den Anspruch jedoch erfolgreich geltend machen kann, ist ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Vergaberechtsverstoß und dem entstandenen Schaden für die vergebliche Teilnahme am Vergabeverfahren erforderlich (s. Kap 4.2.3). Dieser ist bei einer fehlerhaften Wahl des Vergabeverfahrens jedoch i. d. R. nicht gegeben. Führt bspw. ein öffentlicher Auftraggeber eine Beschränkte Ausschreibung ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb nach § 3a Abs. 2 Nr. 2 VOB/A durch, obwohl er bei Vornahme einer korrekten Kostenschätzung eine öffentliche Ausschreibung hätte durchführen müssen, entsteht einem nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bieter mangels (vergeblicher) Teilnahme am Wettbewerb auch kein Schaden. Praktische Bedeutung entfaltet die Vorschrift somit vor allem hinsichtlich des Einleitens einer Prüfung der Binnenmarktrelevanz des Auftrags (s. Kap. 2.2) sowie bei der Überprüfung, ob mit dem Vorhaben möglicherweise die maßgeblichen Schwellenwerte erreicht sind.

Von praktischer Bedeutung ist die Kostenschätzung außerdem bei Aufhebung einer Ausschreibung nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 17 Abs. 1 lit. c VOL/A bzw. § 48 Abs. 1 Nr. 3 UVgO, wenn die Ausschreibung aufgehoben werden soll, weil kein wirtschaftliches Angebot eingegangen ist bzw. die Vergabe unwirtschaftlich wäre. Hierauf kann sich der öffentliche Auftraggeber nur berufen, wenn die Kostenschätzung ordnungsgemäß erfolgt ist und ihm nicht schon im Voraus bekannt sein konnte, dass die zur Verfügung stehenden Mittel nicht ausreichend sind.²⁶² Sofern eine Ausschreibung unrechtmäßig aufgehoben wird, berechtigt dies die Bieter zu Schadensersatzforderungen.²⁶³

Die Wahl des Vergabeverfahrens

Auch im Unterschwellenbereich bestehen teilweise unterschiedliche Regelungen zur Zulässigkeit verschiedener Vergabeverfahren. Die Zulässigkeit eines Vergabeverfahrens ist teilweise von der Kostenschätzung abhängig (s. o.),

²⁶¹ vgl. OLG Köln, Urteil vom 23.07.2014, 11 U 104/13, Rn. 27, <https://openjur.de>.

²⁶² vgl. BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 48/97, Rn. 10, <https://www.jurion.de>.

²⁶³ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, Rn. 2 zu § 17 VOL/A und Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 4 zu § 17 VOB/A sowie Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 8 zu § 48 UVgO.

teilweise von bestimmten Zulässigkeitsvoraussetzungen. Nach § 8 Abs. 2 UVgO stehen dem Auftraggeber die öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nach freier Wahl zur Verfügung. Nach § 3 Abs. 3 VOL/A ist die Anwendung der Beschränkten Ausschreibung an besondere Voraussetzungen geknüpft. Dies ist nach § 3a Abs. 3 VOB/A noch immer der Fall.²⁶⁴ Außerdem sieht die VOL/A nach § 3 Abs. 5 lit. a – 1 lediglich zwölf Ausnahmetatbestände für die Freihändige Vergabe vor. Nach § 8 Abs. 4 UVgO sind die Ausnahmetatbestände für die Verhandlungsvergabe auf nunmehr 17 angewachsen. Dieses kann zwar mit und ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden; allerdings soll die Verwendung des Begriffs „Verhandlungsvergabe“ verdeutlichen, dass die Beschaffungen im Regelfall im Wege des Wettbewerbs erfolgen sollen.²⁶⁵ Die in der UVgO und der VOL/A benannten Zulässigkeitsvoraussetzungen sind abschließend.²⁶⁶ Zwar sind die nach § 3a Abs. 4 VOB/A benannten Ausnahmetatbestände für die Anwendung der Freihändigen Vergabe weniger umfangreich, allerdings sind die dort genannten Aufzählungen nur beispielhaft. Diese Aufzählung ist also ausdrücklich nicht abschließend.²⁶⁷

Auch im Unterschwellenbereich haben die Vorschriften über die Wahl der Verfahrensarten grundsätzlich bieterschützende Funktion.²⁶⁸ Sofern also die Voraussetzungen für die Eröffnung des Rechtswegs gegeben sind, könnten die Bieter auch im Unterschwellenbereich eine korrekte Wahl des Vergabeverfahrens einfordern.²⁶⁹ Gestützt wird der entsprechende Unterlassungsanspruch dabei entweder auf das vorvertragliche Schuldverhältnis nach § 280 Abs. 1 i. V. m. § 311 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB, wobei auch lediglich potenzielle Bieter anspruchsberechtigt sind,²⁷⁰ oder Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG.²⁷¹

²⁶⁴ vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 2 und Rn. 21 zu § 3a VOB/A und Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 7 zu § 8 UVgO.

²⁶⁵ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 3 zu § 8 UVgO und Ley/ Wankmüller, S. 77.

²⁶⁶ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, Rn. 26 zu § 3 VOL/A und Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 55 zu § 8 UVgO.

²⁶⁷ vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 24 zu § 3a VOB/A.

²⁶⁸ vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010, I-27 U 1/09, Rn. 39 f., <https://openjur.de> und Dieckmann/ Scharf/ Wagner-Cardenal, Rn. 24 und Rn. 53 zu § 3 VOL/A sowie Ley/ Wankmüller, S. 7.

²⁶⁹ vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 37 zu § 3a VOB/A.

²⁷⁰ vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010, I-27 U 1/09, Rn. 38, <https://openjur.de>.

Allerdings entfaltet der Bieterschutz in der Praxis wenig Wirkung. Denn der Anspruch lediglich potenzieller Bieter, die im Rahmen eines nicht öffentlichen Verfahrens nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden, kann tatsächlich nicht geltend gemacht werden. Zentrales Problem für die potenziellen Bieter dabei ist, dass sie regelmäßig erst im Rahmen der Bekanntmachungen nach § 20 Abs. 3 VOB/A, § 19 Abs. 2 VOL/A bzw. § 30 Abs. 1 UVgO von der Auftragsvergabe erfahren. Dann ist jedoch die Zuschlagserteilung bereits erfolgt. Bieter, die im Rahmen eines rechtswidrig eingeleiteten nicht öffentlichen Verfahrens zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden, werden die fehlerhafte Wahl der Verfahrensart eher nicht rügen, da eine geänderte Verfahrensart den Kreis der Konkurrenten tendenziell erhöht. Denkbar ist dies nur in Fällen, in denen ein Bieter sich an Stelle einer Freihändigen Vergabe von einem förmlichen Verfahren mit entsprechendem Verhandlungsverbot größere Chancen auf den Zuschlag verspricht.²⁷² Im Ergebnis haben die Vorschriften zur Wahl des Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich in Bezug auf den Rechtsschutz wenig Relevanz.

Die Festlegung der Eignungskriterien

Auch im Unterschwellenbereich soll die Auftragsvergabe nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, § 2 Abs. 1 VOL/A und § 31 Abs. 1 UVgO an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen erfolgen. Nach § 6a VOB/A und § 6 Abs. 3 VOL/A kann bzw. muss der Auftraggeber hierzu Eignungsnachweise von den Bietern anfordern, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Nach § 33 Abs. 1 UVgO legt der Auftraggeber Eignungskriterien fest, die ebenfalls mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz fordern, dass der Auftraggeber die Kriterien bekannt macht und sich an selbige hält.²⁷³ Die Kriterien sind nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 lit. u VOB/A, § 12 Abs. 2 lit. 1 VOL/A und § 28 Abs. 2 Nr. 13 UVgO in der Auftragsbekanntmachung anzugeben. Ein pauschaler Verweis auf die Vergabeunterlagen ist nicht zulässig.²⁷⁴ Geforderte Eignungsnachweise dürfen in

²⁷¹ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 55, <http://www.bverfg.de>.

²⁷² vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 37 zu § 3a VOB/A.

²⁷³ vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 46 f. zu § 6a VOB/A.

²⁷⁴ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 60 zu § 12 VOL/A.

den Vergabeunterlagen nicht erweitert, sondern nur konkretisiert werden.²⁷⁵ Werden Eignungsnachweise nicht in der Auftragsbekanntmachung gefordert, kann ein Bieter nicht mehr ausgeschlossen werden, sofern er die entsprechenden Nachweise nicht vorlegt.²⁷⁶ Es ist jedoch zu beachten, dass die Veröffentlichung bestimmter Eignungsnachweise zur Selbstbindung des Auftraggebers führt, sodass diese auch nicht mehr zurückgenommen oder geändert werden können.²⁷⁷ Da potenzielle Bieter bereits mit der Auftragsbekanntmachung von den Eignungskriterien erfahren und spätestens mit Anforderung der Vergabeunterlagen auch genauere Kenntnisse über den Auftragsgegenstand erlangen, können Sie noch vor Submission und damit auch vor Zuschlagserteilung überprüfen, ob die Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Ist das nicht der Fall, können sie die fehlerhaften Eignungskriterien gegenüber dem Auftraggeber rügen und ggf. effektiven Primärrechtsschutz erlangen. Zu beachten ist allerdings, dass dem Auftraggeber auch im Unterschwellenbereich ein Ermessensspielraum bei der Festlegung der Eignungskriterien zusteht.²⁷⁸ Insofern sind auch die Eignungskriterien im Unterschwellenbereich gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar. Zwar kann der Auftraggeber im Falle einer berechtigten Rüge die Eignungskriterien nicht mehr ändern, denkbar ist jedoch eine Aufhebung der Ausschreibung. Der Auftraggeber kann sich jedoch im Rahmen der Aufhebung nicht auf bspw. andere schwerwiegende Gründe in Form der begangenen Vergaberechtsverstöße berufen, da er diese selbst verschuldet hat. Er muss folglich mit auf das negative Interesse gerichteten Schadensersatzforderungen der Bieter rechnen.²⁷⁹

Die Festlegung der Zuschlagskriterien

Wie im Oberschwellenbereich gilt auch im Unterschwellenbereich das Gebot der Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot nach § 16d Abs. 1 Nr. 3

²⁷⁵ vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 28 zu § 12 VOB/A.

²⁷⁶ vgl. OLG Jena, Urteil vom 18.05.2009, 9 Verg 4/09, II. 2. a), <https://dejure.org>.

²⁷⁷ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 169 zu § 28 UVgO.

²⁷⁸ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, Rn. 22 zu § 7 EG VOL/A und Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 9 zu § 6a VOB/A sowie Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 56 zu § 33 UVgO.

²⁷⁹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, Rn. 67 zu § 20 EG VOL/A und Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO, Rn. 69 zu § 63 VgV.

VOB/A, § 18 Abs. 1 VOL/A und § 43 Abs. 1 UVgO. Der Preis ist dabei ausdrücklich nicht allein entscheidend. Hierzu bestimmt der Auftraggeber Wertungskriterien, die dazu geeignet sind, das unter allen Gesichtspunkten wirtschaftlichste Angebot zu identifizieren.²⁸⁰ Allerdings enthält der erste Abschnitt der VOB/A keine Vorgabe zur Bekanntmachung der gewählten Zuschlagskriterien. Unabhängig von den Regelungen der VOB/A ist die Angabe der Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung oder deren Benennung in den Vergabeunterlagen aus Transparenzgründen nur dann erforderlich, „wenn nach Lage der Dinge ohne ausdrücklich formulierte Wertungskriterien das wirtschaftlichste Angebot nicht nach transparenten und willkürfreien Gesichtspunkten bestimmt werden kann.“²⁸¹ Eine Überprüfung der Zuschlagskriterien im Anwendungsbereich des ersten Abschnitts der VOB/A im Wege des Primärrechtsschutzes dürfte daher nur in den Fällen möglich sein, in denen der Auftraggeber diese benennt. Denn geht der Auftraggeber von offensichtlich erkennbaren Zuschlagskriterien aus, die der Bieter jedoch nicht erkennt, wird sich dies regelmäßig erst nach erfolgter Angebotswertung und Zuschlagserteilung herausstellen. Anders verhält es sich nach § 12 Abs. 2 lit. n VOL/A bzw. § 28 Abs. 2 Nr. 14 UVgO. Hiernach hat der öffentliche Auftraggeber die Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung zu benennen, sofern diese nicht in den Vergabeunterlagen genannt sind. In diesen Fällen sind den Bietern rechtzeitig Zuschlagskriterien und Leistungsgegenstand bekannt. Die Bieter können damit überprüfen, ob die vom Auftraggeber gewählten Kriterien geeignet sind, um die Wirtschaftlichkeit des Angebots zu beurteilen. Somit ist die Erlangung effektiven Primärrechtsschutzes noch vor der Angebotsöffnung und damit rechtzeitig vor Zuschlagserteilung möglich. Da dem Auftraggeber jedoch auch im Unterschwellenbereich ein Ermessensspielraum bezüglich der Wahl und Ausgestaltung der Zuschlagskriterien eingeräumt ist, können diese nur eingeschränkt überprüft werden.²⁸²

²⁸⁰ vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 12 zu § 16d VOB/A.

²⁸¹ BGH, Urteil vom 10.05.2016, X ZR 66/15, Rn.15, <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

²⁸² vgl. Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, Rn. 100 zu § 12 VOL/A.

4.4 Instanzenzug unterhalb der Schwellenwerte

Im Oberschwellenbereich definieren die §§ 155 und 156 GWB Abs. 1 GWB die Vergabekammern als zuständige Stellen für die vergaberechtliche Überprüfung öffentlicher Aufträge. Im Unterschwellenbereich existieren entsprechende Regelungen nicht.

Nachprüfungsstellen nach der VOB/A

Außerhalb des gerichtlichen Rechtsschutzes steht den Bietern der Weg zu den Vergabenachprüfungsstellen frei. Nach § 21 VOB/A sind in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen die Nachprüfungsstellen zu benennen, an welche sich der Bieter bei behaupteten Vergaberechtsverstößen wenden kann. Bei Vergaben im Unterschwellenbereich stellen die Fach- und Rechtsaufsichtsbehörden die Nachprüfungsstellen i. S. d. § 21 VOB/A dar,²⁸³ wobei – wie unter 4.1 dargestellt – ein Anspruch auf Einschreiten der Nachprüfungsstellen nicht gegeben ist. Eine dem § 21 VOB/A entsprechende Regelung zur Angabe einer zuständigen Nachprüfungsstelle existiert im ersten Abschnitt der VOL/A nicht.²⁸⁴ Folglich sind entsprechende Nachprüfungsstellen für Unterschwellenvergaben nach der VOL/A nicht vorgesehen. Teilweise wird diese Lücke – wie in Hessen geschehen – durch landesgesetzliche Regelungen geschlossen, welche VOL/A-Nachprüfungsstellen vorsehen.²⁸⁵ Der zweite Abschnitt der VOL/A hingegen enthielt solche Bestimmungen in § 10 EG Abs. 2 lit. e VOL/A (Aufforderung zur Angebotsabgabe im nicht offenen Verfahren) sowie in § 15 EG Abs. 10 (Auftragsbekanntmachung). Dieselbe Systematik blieb auch im Zuge der Einführung der UVgO erhalten. Während im Oberschwellenbereich die Vergabekammern als zuständige Nachprüfungsstelle eindeutig definiert sind, existiert eine entsprechende Regelung in der UVgO nicht.

²⁸³ vgl. Kapellmann/ Messerschmidt, Rn. 4 zu § 21 VOB/A.

²⁸⁴ vgl. Pünder/ Schellenberg, Rn. 1 zu § 21 VOB/A.

²⁸⁵ vgl. § 20 Abs. 1 HVTG.

4.4.1 Instanzenzug zur Erlangung von Primärrechtsschutz

Die Frage der Zuständigkeit für Verfahren im Rahmen der Geltendmachung von Primärrechtsschutz wurde vom Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2007 beantwortet.²⁸⁶ Bis zur besagten Entscheidung wurde teilweise von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, teilweise von der Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit ausgegangen. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte wurde dabei aufgrund der sog. 2-Stufentheorie begründet. Danach war anerkannt, dass mit der Zuschlagserteilung in der zweiten Stufe ein privatrechtlicher Vertrag zu Stande kam, weshalb für vertragliche Streitigkeiten die Zivilgerichte zuständig seien. Die erste Stufe in Form des Vergabeverfahrens folge jedoch öffentlich-rechtlichen Vorschriften, weshalb hierfür die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte angenommen wurde.²⁸⁷ Das Bundesverwaltungsgericht hat jedoch entschieden, dass die 2-Stufentheorie nicht anwendbar ist. Die 2-Stufentheorie verlangt eine Zweiteilung in eine erste öffentlich-rechtliche Stufe, welche in der Entscheidung besteht, ob ein Bieter den Zuschlag erhalten soll. Die zweite privatrechtliche Stufe muss dann der Entscheidung über die Ausgestaltung der Vertragsausführung dienen. Eine solche Trennung ist jedoch im Vergabeverfahren nicht gegeben, weil die Entscheidung über die Auswahl des Bieters in Form des Abschlusses eines privatrechtlichen Vertrages mit demselben getroffen wird.²⁸⁸ Damit hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass die Zuständigkeit für Streitigkeiten auch während des Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich bei den Zivilgerichten liegt.²⁸⁹ Eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtsweges ist einerseits bei einem Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen einem Träger hoheitlicher Gewalt und einer anderen Partei gegeben. Andererseits gilt dies auch bei Vorliegen eines Gleichordnungsverhältnisses, wenn Sonderrecht zur Anwendung kommt, welches eine juristische Person des öffentlichen Rechts einseitig berechtigt oder verpflichtet.²⁹⁰ Allerdings bewegt sich der Staat im Rahmen seiner Beschaffungsvorgänge im Anwendungsbereich des Privatrechts. Deshalb ist auch

²⁸⁶ vgl. BVerwG, Urteil vom 02.05.2007, 6 B 10.07, <https://www.bverwg.de>.

²⁸⁷ vgl. Zeiss, S. 415.

²⁸⁸ vgl. BVerwG, Urteil vom 02.05.2007, 6 B 10.07, Rn. 15, <https://www.bverwg.de>.

²⁸⁹ vgl. BVerwG, Urteil vom 02.05.2007, 6 B 10.07, Rn. 2, <https://www.bverwg.de>.

in den Fällen, in denen Bieter außerhalb des Anwendungsbereichs des vierten Teils des GWB Primärrechtsschutz suchen, ausschließlich der ordentliche Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet.²⁹¹ Wie unter 4.2.2 ausgeführt, besteht auch bei Vorliegen von Binnenmarktrelevanz kein gesondert kodifizierter Primärrechtsschutz. Das hat zur Folge, dass auch für Nachprüfungsverfahren bei Vergaben mit Binnenmarktrelevanz die Zivilgerichte zuständig sind.²⁹²

Von praktischer Relevanz ist außerdem, dass bei Oberschwellenvergaben aufgrund der Regelung des § 163 GWB in der ersten Instanz der Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung kommt. Im Zivilprozess gilt hingegen der Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatz. Dieser ergibt sich aus den §§ 282 und 288 ZPO. Nach § 282 Abs. 1 ZPO obliegt es den Parteien alle ihr dienlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel rechtzeitig selbst vorzubringen. Darüber hinaus sind nach § 288 Abs. 1 ZPO Beweismittel nur erforderlich, soweit die behaupteten Tatsachen von der Gegenpartei bestritten werden. Es unterscheidet sich also in den jeweils ersten Instanzen zur Geltendmachung von Primärrechtsschutz die Methode zur Sachverhaltsermittlung. Die Entscheidung für den Untersuchungsgrundsatz hängt damit zusammen, dass vor der Vergabekammer kein Anwaltszwang besteht. Es soll sichergestellt werden, dass den Unternehmen in Ermangelung vertiefter Vergaberechtskenntnisse keine Nachteile erwachsen.²⁹³

Im Oberschwellenbereich sind zwar in zweiter Instanz die Oberlandesgerichte und damit auch Zivilgerichte zuständig. Allerdings sind dort nach § 171 Abs. 3 S. 2 GWB Vergabesenate zu bilden. Eine entsprechende Regelung gibt es im Unterschwellenbereich für Primärrechtsschutzverfahren vor den Zivilgerichten nicht. Außerdem gibt es für den Unterschwellenbereich keine Regelung, welche die Zuständigkeiten der Zivilgerichte bündelt.²⁹⁴ Das führt dazu, dass weniger vergaberechtliche Expertise bei den zuständigen Gerichten vorhanden ist.²⁹⁵ Das wiederum führt dazu, dass bei den Zivilgerichten teilweise unterschiedliche Ansichten bezüglich der Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs im

²⁹⁰ vgl. BVerwG, Urteil vom 02.05.2007, 6 B 10.07, Rn. 4, <https://www.bverwg.de>.

²⁹¹ vgl. BVerwG, Urteil vom 02.05.2007, 6 B 10.07, Rn. 5, <https://www.bverwg.de>.

²⁹² vgl. OLG Celle, Urteil vom 23.02.2016, 13 U 148/15, Rn. 5, <https://openjur.de>.

²⁹³ vgl. Kulartz et al., Rn. 5 zu § 163 GWB.

²⁹⁴ vgl. Burgi, S. 281.

²⁹⁵ vgl. Zeiss, S. 423.

Unterswellenbereich vertreten werden.²⁹⁶

Um im Unterswellenbereich eine Zuschlagserteilung zu verhindern, müssen Unternehmen den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach den §§ 935 und 940 ff. ZPO zur Unterlassung der Erteilung des Zuschlags nach § 311 Abs. 2 i. V. m. § 241 Abs. 2 i. V. m. § 1004 BGB beantragen.²⁹⁷ Dabei regelt § 935 ZPO die einstweilige Verfügung in Bezug auf den Streitgegenstand, § 940 ZPO die einstweilige Verfügung zur Regelung eines einstweiligen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis. Erwirkt werden soll eine Kombination aus Sicherungs- und Regelungsverfügung.²⁹⁸ Die Sicherungsverfügung i. S. d. § 935 ZPO erfordert die Notwendigkeit einer vorläufigen Sicherung des Streitgegenstands im Eilverfahren zur Abwendung möglicher Gefahren für Gläubigerinteressen. Diese sind gegeben, wenn zu befürchten ist, dass der Anspruch des Gläubigers aufgrund zu erwartender Änderungen aktueller Gegebenheiten nicht mehr durchgesetzt werden kann.²⁹⁹ Die Sicherungsverfügung dient also der Sicherung bestehender Verhältnisse bezüglich des Streitgegenstands.³⁰⁰ Die Regelungsverfügung i. S. d. § 940 ZPO muss erforderlich sein, um wesentliche Nachteile für den Gläubiger in Folge des streitigen Rechtsverhältnisses zu verhindern.³⁰¹ Durch die vorübergehende Regelung in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis soll der Rechtsfriede bis zur Entscheidung gewahrt werden.³⁰² Das überwiegende Interesse des Antragstellers besteht im Erlass einer Regelungsverfügung, welche dem Auftraggeber einstweilig untersagt den Zuschlag zu erteilen.³⁰³

²⁹⁶ vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010, I-27 U 1/09, 1. Leitsatz (Unterlassungsanspruch ist bei objektiver Rechtsverletzung gegeben), <https://openjur.de>, anders OLG Hamm, Urteil vom 02.12.2008, 4 U 190/07, Rn. 34 (Unterlassungsanspruch setzt willkürliches Handeln voraus), <https://openjur.de>.

²⁹⁷ vgl. Leinemann, Rn. 2313.

²⁹⁸ vgl. Burgi, S. 285.

²⁹⁹ vgl. Reichold/ Hüßtege/ Seiler, Rn. 6 zu § 935 ZPO.

³⁰⁰ vgl. Reichold/ Hüßtege/ Seiler, Rn. 3 zu § 935 ZPO.

³⁰¹ vgl. Reichold/ Hüßtege/ Seiler, Rn. 5 zu § 940 ZPO.

³⁰² vgl. Reichold/ Hüßtege/ Seiler, Rn. 1 zu § 940 ZPO.

³⁰³ vgl. Burgi, S. 285.

4.4.2 Instanzenzug zur Erlangung von Sekundärrechtsschutz

Der Rechtsweg für Bieter zur Einforderung von Schadensersatz ist aufgrund der Zuordnung des Vergaberechts zum Privatrecht nach § 13 GVG der Weg der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit. In Abhängigkeit vom Streitwert sind also wie auch bei den Schadensersatzverfahren im Rahmen von Unterschwellenvergaben nach den §§ 23 Nr. 1 und 71 Abs. 1 GVG in erster Instanz die Amtsgerichte oder die Landgerichte zuständig. In zweiter Instanz sind für Berufungen und Beschwerden gegen Entscheidungen der ersten Instanz nach § 72 Abs. 1 GVG die Landgerichte bzw. nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG die Oberlandesgerichte zuständig. Die dritte und letzte Instanz stellt nach § 133 GVG der Bundesgerichtshof dar.

4.5 Erörterungen zum Ausbau des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich

Im Ergebnis kann anhand der vorangehenden Ausarbeitungen festgestellt werden, dass zwar auch im Unterschwellenbereich ein Anspruch auf Primärrechtsschutz existiert. Dieser entfaltet jedoch in Ermangelung einer den §§ 134 und 135 GWB entsprechenden Regelung für Unterschwellenvergaben des Bundes und der meisten Länder deutlichen weniger Effektivität. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung 2006 klargestellt, dass dieser Status Quo verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Es hat jedoch auch auf die Rolle des Gesetzgebers hingewiesen, dem es obliegt, Überlegungen zur Schaffung effektiven Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich anzustellen. Er allein entscheidet über die Schaffung eines effektiven Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich. Damit hat es auch klargestellt, dass eine andere Gestaltung des Unterschwellenrechtsschutzes zwar nicht erforderlich, aber möglich ist. So gibt es auch elf Jahre nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts immer wieder Forderungen nach einem Ausbau der Effektivität des Unterschwellenrechtsschutzes.³⁰⁴ Nachfolgend wird deshalb erörtert, inwiefern eine Steigerung der Effektivität des Primärrechtsschutzes im

³⁰⁴ vgl. Jansen/ Geitel, S. 135 und Leinemann, Rn. 2343.

Unterschwellenbereich bzw. eine Verbesserung desselben sinnvoll oder geboten ist. Dazu werden verschiedene argumentative Zusammenhänge beleuchtet.

Ungleichbehandlung der Unterschwellenvergaben

Es wird argumentiert, dass 90 bis 95% der öffentlichen Aufträge im Unterschwellenbereich vergeben werden. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb abweichende Regelungen zum Oberschwellenbereich gerechtfertigt seien.³⁰⁵ Dem Interesse einer funktionierenden Verwaltung könne durch Einführung von Bagatellgrenzen, wie sie bspw. in § 19 des ThürVgG verankert sind, Rechnung getragen werden.³⁰⁶

Dem entgegen steht die Argumentation der Bundesregierung sowie der Landesregierungen von Baden-Württemberg, Bayern und Hessen, welche sich im Rahmen des bislang maßgeblichen Verfahrens über die Verfassungsbeschwerde im Jahr 2006 äußerten.³⁰⁷ Damals sprach sich die Bundesregierung gegen die Einführung eines Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich aus, der über unionsrechtliche Forderungen hinausgeht. Sie sprach sich nicht in erster Linie aus Gründen des Schutzes der Justiz vor Überlastung gegen die Einführung aus, sondern um die missbräuchliche Verwendung des Rechtsschutzinstruments und eine zu starke Bürokratisierung der öffentlichen Beschaffung zu verhindern. Schließlich müsse letztere in erster Linie kostengünstig und effizient erfolgen.³⁰⁸ Im Rahmen seiner Entscheidung stellte das Bundesverfassungsgericht auch fest, dass die vom Gesetzgeber geschaffene Ungleichbehandlung durch ausreichend schwerwiegende Gründe gerechtfertigt ist.³⁰⁹

In Sachsen zeigt die praktische Erfahrung in Bezug auf Nachprüfungsverfahren, dass die Nachprüfungsbehörden in Ermangelung entsprechender Regelungen ihre Prüfung nicht auf den beanstandeten Verstoß, sondern auf das gesamte Vergabeverfahren erstrecken.³¹⁰ Nicht erforderliche Prüfungen binden jedoch bei den Nachprüfungsbehörden personelle Kapazitäten. Sie sind deshalb in

³⁰⁵ vgl. Jansen/ Geitel, S. 118.

³⁰⁶ vgl. Jansen/ Geitel, S. 127 und S. 131.

³⁰⁷ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 39, <http://www.bverfg.de>.

³⁰⁸ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 41 ff., <http://www.bverfg.de>.

³⁰⁹ vgl. BVerfG, Urteil vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, Rn. 86 ff., <http://www.bverfg.de>.

³¹⁰ vgl. Positionspapier des Sächsischen Städte- und Gemeindetages zur Novellierung des

Anbetracht der Zielsetzung des Unterschwellenvergaberechts einer möglichst wirtschaftlichen Beschaffung kritisch zu sehen. Darüber hinaus spricht sich der Sächsische Städte- und Gemeindetag ausdrücklich gegen die Schaffung eines dem Oberschwellenbereich entsprechenden Primärrechtsschutzes aus. Befürchtet werden Verzögerungen bei der Vergabe der Aufträge und zusätzlicher personeller Aufwand bei den Nachprüfungsinstanzen.³¹¹

Teilweise wird angeführt, die vermeintlichen negativen Effekte der Schaffung eines effektiven Primärrechtsschutzes bspw. in Hinblick auf Verzögerungen bei Beschaffungsvorgängen hätten sich in den Ländern, die im Unterschwellenbereich eine Informationspflicht geschaffen haben, nicht bestätigt.³¹² Anders sehen dies die Vergabestellen in Thüringen. Dort wird die Möglichkeit der Verfahrensverzögerung unabhängig von tatsächlichen Rechtsverstößen des Auftraggebers als Schwäche des ThürVgG gesehen.³¹³ Sie sprechen sich deshalb für eine Verkürzung der Wartefristen und eine Erhöhung der Bagatellgrenzen aus.³¹⁴ Darüber hinaus ist die Konjunktur im Baugewerbe seit Jahren sehr gut. So lag bspw. im Juli 2017 der Umsatz 8% höher als im Juli 2016. Die Zahl der Beschäftigten lag um 2,8% höher.³¹⁵ Anhaltspunkte für einen Zusammenhang zwischen schwacher Konjunktur einerseits und einer zu befürchtenden vermehrten Einleitung von Nachprüfungsverfahren andererseits liegen aktuell nicht vor. Die tatsächliche Entwicklung wird sich jedoch erst im Rahmen der nächsten Abkühlung der Konjunktur zeigen.

Transparenz des Vergabeverfahrens und Steigerung der Bieterbereitschaft zur Erkundung neuer Märkte

Als weiteres Argument wird angeführt, der Ausbau der Effektivität des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich schaffe mehr Transparenz im Wettbewerb. Dies baue Vorbehalte gegen öffentliche Beschaffungen ab und

sächsischen Vergaberechts, S. 7.

³¹¹ vgl. Positionspapier des Sächsischen Städte- und Gemeindetages zur Novellierung des sächsischen Vergaberechts, S. 10 f..

³¹² vgl. Wollenschläger, Rn. 83 und Leinemann, Rn. 2344.

³¹³ vgl. Evaluierungsgutachten zum Thüringer Vergabegesetz, S. 100.

³¹⁴ vgl. Evaluierungsgutachten zum Thüringer Vergabegesetz, S. 104.

³¹⁵ vgl.

https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2017/10/PD17_357_441.htm

steigere die Bereitschaft der Bieter, sich in regional unbekannten Märkten zu betätigen.³¹⁶

Die Bauindustrie Sachsen-Anhalt hat bestätigt, dass die Einführung einer Informationspflicht vor Zuschlagserteilung sich positiv auf die Transparenz des Vergabeverfahrens ausgewirkt hat.³¹⁷ Auch in Thüringen werden sowohl seitens der Auftragnehmer als auch seitens der Auftraggeber die Auswirkungen auf die Transparenz des Verfahrens positiv gesehen.³¹⁸ Für das Eintreten der übrigen erhofften Effekte, insbesondere der Bereitschaft der Bieter neue Märkte zu erkunden, sind jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich. In Thüringen wird der Einfluss – allerdings der Gesamtheit der Regelungen des Thüringer Vergabegesetzes – auf die Verfahrensdauer und die Bürokratiekosten seitens der öffentlichen Auftraggeber überwiegend als negativ bis sehr negativ bewertet.³¹⁹ Genaue Zahlen zum Mehraufwand in Folge der Einführung der Informations- und Wartepflichten liegen jedoch nicht vor. Unabhängig von der tatsächlichen Höhe des Mehraufwands und den positiven Effekten auf die Transparenz des Vergabeverfahrens, wird auch von Befürwortern eines effektiven Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich anerkannt, dass dessen Schaffung mit Kosten verbunden ist.³²⁰ Diese betreffen nicht nur die Länder, sondern auch kommunale Auftraggeber. Zur Steigerung der Rechtssicherheit bei Beschaffungsvorgängen muss die Qualifizierung erhöht und möglicherweise auch der Umfang des zuständigen Personals bei öffentlichen Auftraggebern angepasst werden. Daneben besteht das Risiko höherer Ausgaben für Rechtsberatungsleistungen und Verfahrenskosten (s. Kap. 5.1).

Uneinheitliche Rechtsprechung und Rechtslage

Außerdem wird vorgetragen, aufgrund der Zuständigkeit der Zivilgerichte ergebe sich eine Zersplitterung der Zuständigkeit. Gemeinsam mit dem Umstand, dass bei den zuständigen Zivilgerichten das Vergaberecht lediglich eine untergeordnete

1, letzter Abruf: 01.12.2017.

³¹⁶ vgl. Jansen/ Geitel, S. 136.

³¹⁷ vgl. Stellungnahme des Bauindustrieverbandes Sachsen/Sachsen-Anhalt e. V. zur Evaluierung des Landesvergabegesetzes Sachsen-Anhalt, S. 6.

³¹⁸ vgl. Evaluierungsgutachten zum Thüringer Vergabegesetz, S. XI und S. 121.

³¹⁹ vgl. Evaluierungsgutachten zum Thüringer Vergabegesetz, S. XI und S. 122 f..

Rolle spiele, führe dies zu sehr unterschiedlicher und teilweise nicht nachvollziehbarer Rechtsprechung.³²¹ Eine Vereinheitlichung des Primärrechtsschutzes sei geboten, um dieser Entwicklung entgegenzutreten und mehr Rechtssicherheit zu schaffen.³²² Im Zuge der Vereinheitlichung in Form eines neuen Regelungssystems sollte dabei vor allem eine gesteigerte Effektivität des Primärrechtsschutzes angestrebt werden.³²³ Sofern sich der Bund gegen das Vorantreiben entsprechender Regelungen sperre, sollten deshalb die Landesgesetzgeber aktiv werden.³²⁴

Dem Argument, durch die Schaffung eines effektiven Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich könne der Zersplitterung des Vergaberechts entgegengetreten werden, kann nicht gefolgt werden. Zum einen ist umstritten, ob der Bund unmittelbar aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und Nr. 16 GG Gesetzgebungskompetenz zur Gestaltung des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich hat,³²⁵ oder ob zusätzlich die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sein müssen.³²⁶ Somit wäre hier unter Umständen zunächst eine Kompetenzübertragung erforderlich. Zum anderen kann die ersatzweise Forderung an ein Tätigwerden der Landesgesetzgeber nicht überzeugen. Denn gerade dann wäre mit einer noch weiteren Zersplitterung der Rechtslage in Bezug auf den Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich zu rechnen. Nachvollziehbar ist hingegen die Argumentation, dass Maßnahmen erforderlich sind, um der Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung entgegenzutreten. Es ist jedoch nicht ersichtlich, in welchem Zusammenhang eine Steigerung der Effektivität des Primärrechtsschutzes mit dessen Vereinheitlichung steht. Im Gegenteil ist eher damit zu rechnen, dass die Schaffung eines neuen Regelungssystems auch neue Unsicherheit in der Rechtsanwendung und zumindest anfangs uneinheitliche Rechtsprechung mit sich bringt. Beispiele hierfür sind die in Sachsen bestehende Unklarheit in Bezug auf den Umfang der Nachprüfung (s. o.) sowie die Unklarheit darüber, welche Sanktionsmöglichkeiten

³²⁰ vgl. Wollenschläger, Rn. 83 und Jansen/ Geitel, S. 136.

³²¹ vgl. Wollenschläger, Rn. 80 und Burgi, S. 281.

³²² vgl. Jansen/ Geitel, S. 118 und S. 126.

³²³ vgl. Jansen/ Geitel, S. 126.

³²⁴ vgl. Jansen/ Geitel, S. 127.

³²⁵ vgl. Jansen/ Geitel, S. 131 f..

bestehen, wenn ein Auftraggeber seinen Informationspflichten³²⁷ oder seinen Vorlagepflichten an die Vergabekammer³²⁸ nicht nachkommt. Zwar hat die Vergabekammer Sachsen-Anhalt festgestellt, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig i. S. d. § 134 BGB ist,³²⁹ dennoch sind hier offensichtlich neue Rechtsunsicherheiten entstanden.

Primärrechtliche Erforderlichkeit

Teilweise wird angedeutet, ein Ausbau der Effektivität des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich sei zur Wahrung der Primärrechtskonformität erforderlich.³³⁰ Diese Behauptung ist jedoch nicht zutreffend. Die Europäische Kommission hat klargestellt, dass die bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten auch bei Vorliegen von Binnenmarktrelevanz nicht zu beanstanden sind (s. Kap. 4.2.2).

Ergebnis der Erörterung

Im Kern beruhen die gesetzgeberischen Überlegungen gegen die Einführung eines effektiven Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich auf Abwägungen zu Gunsten einer unbürokratischen und wirtschaftlichen Beschaffung und zu Ungunsten des Rechtsschutzbedürfnisses der Bieter. Diese schon 2006 von Bund und einigen Ländern vorgetragenen Argumente können anhand der praktischen Erfahrungen aus Thüringen, Sachsen-Anhalt und Sachsen weder völlig bestätigt noch völlig widerlegt werden. Auftragnehmer wie Auftraggeber bestätigen zwar, dass die in einigen Ländern eingeführten Informations- und Wartepflichten zu einer Steigerung der Transparenz der Vergabeverfahren beigetragen haben. Oberstes Ziel des Unterschwellenvergaberechts ist jedoch eine wirtschaftliche Beschaffung. Die Steigerung der Transparenz ist mit Mehraufwand verbunden und geht deshalb in noch nicht geklärtem Umfang zu Lasten der Wirtschaftlichkeit. Ein Mehraufwand, der zur Steigerung der Transparenz beiträgt,

³²⁶ vgl. Burgi, S. 283.

³²⁷ vgl. Evaluierungsgutachten zum Thüringer Vergabegesetz, S. XV.

³²⁸ vgl. Stellungnahme des Bauindustrieverbandes Sachsen/Sachsen-Anhalt e. V. zur Evaluierung des Landesvergabegesetzes Sachsen-Anhalt, S. 6.

³²⁹ vgl. VK Sachsen-Anhalt, Entscheidung vom 30.01.2017, 3 VK LSA 61-64/16, Rn. 39, <http://www.landesrecht.sachsen-anhalt.de>.

ist deshalb nur dann gerechtfertigt, wenn er auch zur Steigerung der Wirtschaftlichkeit beiträgt. Hierfür fehlen bislang jedoch Belege. Deshalb sind die geschaffenen Regelungen in Anbetracht des bereits jetzt entstehenden und des möglicherweise bei schwacher Konjunktur noch verstärkt entstehenden Mehraufwands kritisch zu sehen sind.

Eine Vereinheitlichung des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich scheint geboten. Der weiteren Entwicklung uneinheitlicher bis fragwürdiger Rechtsprechung sollte entgegengewirkt werden. Der Ausbau der Effektivität des Primärrechtsschutzes oder gar die Schaffung eines neuen Regelungssystems ist hierzu jedoch kein geeignetes Mittel. Denkbar sind bspw. Regelungen zur Bündelung der Zuständigkeiten bei den Zivilgerichten, ggf. ergänzt um Regelungen zur weiteren Klarstellung der Anspruchsvoraussetzungen.

Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass ein Ausbau der Effektivität des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht erforderlich ist. Auch aus europarechtlicher Sicht ist die derzeitige Regelung nicht zu beanstanden. Darüber hinaus existieren unabhängig von der Forderung nach einer gesteigerten Effektivität des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich auch jetzt Fallkonstellationen, in welchen der Primärrechtsschutz Effektivität entfaltet. Das trifft auf alle Fälle zu, in denen der Auftraggeber während des Vergabeverfahrens von einem Vergaberechtsverstoß Kenntnis erlangen kann (s. Kap. 4.3).

Im Ergebnis wird festgestellt, dass Maßnahmen zur Steigerung der Rechtssicherheit bezüglich des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich ergriffen werden sollten. Dieses Problem sollte jedoch unabhängig von der Frage nach einem Ausbau der Effektivität desselben gelöst werden. Die Schaffung eines effektiven Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich brächte unter dem Gesichtspunkt einer möglichst wirtschaftlichen Beschaffung keine erkennbaren Vorteile mit sich. Gleichzeitig sind Nachteile in Bezug auf den Umsetzungsaufwand und damit die Wirtschaftlichkeit zu erwarten. Der tatsächliche Umfang des Mehraufwands kann zwar nicht beziffert werden, dennoch ist jeder Mehraufwand ohne entsprechenden wirtschaftlichen Vorteil

³³⁰ vgl. Jansen/ Geitel, S. 136.

nicht zu rechtfertigen. Um also sicherzustellen, dass die öffentlichen Auftraggeber weiterhin zu wirtschaftlichen Rahmenbedingungen Leistungen beschaffen und ihre Aufgaben erfüllen können, sollte von Vorhaben zur weiteren Steigerung der Effektivität des Primärrechtsschutzes oder der Schaffung entsprechender Regelungssysteme im Unterschwellenbereich abgesehen werden.

5 Erkennung und Minimierung von Risiken

Aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers sollte neben der formalen Betrachtung der Rechtsschutzmöglichkeiten für die Bieter auch eine Betrachtung der möglichen Risiken bei Vergaberechtsverstößen erfolgen. Zwar bindet schon Art. 20 Abs. 3 GG die öffentlichen Auftraggeber an das Vergaberecht, weshalb vorsätzliche Verstöße die Ausnahme darstellen sollten. Allerdings führen auch fahrlässige Verstöße oder auch gegenüber der Vergabekammer abweichende Rechtsauffassungen dazu, dass öffentliche Auftraggeber vor der Vergabekammer unterliegen. Es stellt sich also die Frage, welche die praxisrelevantesten Risiken für öffentliche Auftraggeber sind und wie sich einzelne Risiken möglicherweise minimieren oder zumindest deren negative Auswirkungen abschwächen lassen.

5.1 Kostenrisiko

Bei der Betrachtung des Kostenrisikos sind verschiedene Faktoren zu beleuchten. Zum einen geht es um die Frage der Prozesskosten im Rahmen eines Vergabenachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer und/ oder eines Zivilprozesses, zum anderen um den von Bietern geforderten Schadensersatz.

Kosten des Nachprüfungsverfahrens

Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer ergeben sich aus § 182 GWB. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Vergabesenat findet die Vorschrift keine Anwendung.³³¹ Die von der Vergabekammer zu erhebenden Gebühren belaufen sich dabei nach § 182 Abs. 3 GWB i. d. R. auf 2.500,00 € bis 50.000,00 €. In Einzelfällen können sie auf bis zu 250,00 € reduziert oder auf bis

zu 100.000,00 € angehoben werden. Bei der Erhebung der Gebühren muss die Vergabekammer einerseits das Kostendeckungsprinzip, andererseits den Äquivalenzgrundsatz, also die Herstellung eines angemessenen Verhältnisses zwischen den entstehenden Kosten und der Bedeutung der Entscheidung berücksichtigen.³³² Grundsätzlich hat nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB der Unterliegende die Kosten zu tragen. Für die Beurteilung der Frage wer unterliegt ist maßgeblich, ob der Antragsteller sein wirtschaftliches Interesse verwirklichen konnte.³³³ Nach § 182 Abs. 3 S. 4 GWB ist bei Erledigung des Antrags vor Entscheidung die Hälfte der Kosten zu tragen. Welche Partei diese Kosten zu tragen hat, steht dabei im Ermessen der Vergabekammer.³³⁴ Diese kann im Rahmen ihrer Kostenentscheidung eine summarische Prüfung hinsichtlich des voraussichtlichen Ausgangs des Verfahrens vornehmen.³³⁵

Prozesskosten vor den Zivilgerichten

Zwischenzeitlich wird der Streitwert nach einer Entscheidung des OLG Saarbrücken auch im Unterschwellenbereich bei Verfahren im Rahmen einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren analog zu § 50 Abs. 2 GKG bei 5% der Bruttoauftragssumme angesetzt.³³⁶ Zuvor konnte sich durch eine höhere Bemessung des Streitwerts bei Unterschwellenvergaben die Situation ergeben, dass das Kostenrisiko für die Parteien im Unterschwellenbereich sogar höher war als im Oberschwellenbereich.³³⁷ Der Streitwert ist nach § 3 Abs. 1 GKG wiederum maßgebend für die Höhe der Gebühren.

Anwaltskosten

Nach § 1 RVG ist das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz grundsätzlich maßgeblich für die Vergütung anwaltlicher Vertretung. Die Vergütung bemisst sich nach § 2 Abs. 1 RVG nach dem Gegenstandswert bzw. dem Streitwert. Im Oberschwellenbereich stellt das Verfahren in erster Instanz vor der

³³¹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 5 zu § 182 GWB.

³³² vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 21 f. zu § 182 GWB.

³³³ vgl. Kulartz et al., Kommentar zum GWB, Rn. 16 zu § 182 GWB.

³³⁴ vgl. Kulartz et al., Kommentar zum GWB, Rn. 20 zu § 182 GWB.

³³⁵ vgl. Kulartz et al., Kommentar zum GWB, Rn. 21 zu § 182 GWB.

³³⁶ vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 25.01.2010, 1 W 333/09, <https://dejure.org>.

Vergabekammer jedoch ein Verwaltungsverfahren und damit eine außergerichtliche Tätigkeit dar. Hierfür wird eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 der Anlage 1 zu § 2 Abs. 2 RVG fällig.³³⁷ Diese beläuft sich auf 0,5 bis 2,5 der Gebühr nach § 13 Abs. 1 RVG. In der Praxis häufiger anzutreffen ist jedoch eine abweichende Vergütungsvereinbarung bspw. in Form einer Abrechnung nach Stundenaufwand nach § 3a Abs. 1 RVG.

Da die Vergabekammer kein Gericht ist, besteht für die Vertretung in erster Instanz im Oberschwelbereich kein Anwaltszwang. Darüber hinaus kann sich ein öffentlicher Auftraggeber, der gleichzeitig juristische Person des öffentlichen Rechts ist, bei Prozessen vor dem Vergabesenat des OLG nach § 175 Abs. 1 GWB auch von einem Angestellten oder Beamten mit der Befähigung zum Richteramt vertreten lassen. Im Zivilprozess kann sich der öffentliche Auftraggeber bei Verfahren vor dem Amtsgericht nach § 78 Abs. 1 ZPO selbst vertreten. Bei Unterliegen sind nach § 182 Abs. 4 GWB bzw. § 91 Abs. 1 ZPO auch die Anwaltskosten der Gegenseite zu tragen.

Schadensersatzansprüche der Bieter

Die Schadensersatzansprüche der Bieter im Unterschwellenbereich stützen sich auf das vorvertragliche Schuldverhältnis nach § 280 Abs. 1 i. V. m. § 311 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB. Im Oberschwellenbereich stützen sich die Schadensersatzansprüche auf § 181 GWB. Unabhängig von der Anspruchsgrundlage umfassen sie i. d. R. nur das negative Interesse für die vergebliche Teilnahme am Vergabeverfahren. Unter bestimmten Voraussetzungen kann auch ein auf das positive Interesse gerichteter Anspruch geltend gemacht werden, welcher den entgangenen Gewinn und einen Deckungsanteil an den allgemeinen Betriebskosten des Bieters umfasst (s. Kap. 3.1.3).

³³⁷ vgl. Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss, S. 433.

³³⁸ vgl. Kins/ Zimmermann, S. 644 und Zeiss, S. 422.

5.2 Projektverzögerungsrisiko

Neben den Kostenrisiken drohen dem öffentlichen Auftraggeber vor allem Risiken durch Projektverzögerungen. Diese ziehen unter Umständen finanziellen Schaden nach sich, der gar nicht direkt mit dem eigentlichen Nachprüfungsverfahren bzw. Zivilprozess in Zusammenhang steht. Nach § 169 Abs. 1 GWB ist das Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens auszusetzen. Auch nach Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935 und 940 ZPO ist die Erteilung des Zuschlags bis zur Klärung des Rechtsstreits ausgeschlossen. Dabei ist es unerheblich, ob das Verfahren zu Gunsten des Auftraggebers als Antragsgegner oder des Antragstellers ausgeht.

Anweisung zur Aufhebung durch die Vergabekammer

Im Oberschwellenbereich ist als letztes Mittel zur Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands bzw. zur Verhinderung rechtlicher Nachteile der Bieter auch die Anweisung der Vergabekammer zur Aufhebung der Ausschreibung denkbar.³³⁹ Eine solche Anweisung führt zusätzlich zum Stillstand des Verfahrens während des Nachprüfungsverfahrens zu weiteren Verzögerungen im Projektfortschritt.

Verzögerungen aufgrund umweltrechtlicher Vorschriften

Zusätzlich zu den vorgenannten Verzögerungen, kann der Fortschritt vor allem bei Baumaßnahmen durch umweltrechtliche Vorschriften weiter verzögert werden. So ist bspw. nach § 39 Abs. 5 Nr. 2 BNatSchG das Fällen von Bäumen aus Gründen des Artenschutzes im Außenbereich nur zwischen Oktober und Februar zulässig. Ist die Ausführung der Arbeiten aufgrund anderweitiger Verzögerungen bspw. aufgrund eines Nachprüfungsverfahrens im jeweiligen Zeitraum nicht mehr möglich, muss die Maßnahme auf den jeweils nächstzulässigen Zeitraum verschoben werden.

³³⁹ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 23 zu § 168 GWB.

Schadensersatzforderungen anderer Auftragnehmer

Diese stellen zwar auch ein Kostenrisiko dar, entstehen aber erst durch Projektverzögerungen. Vor allem im Rahmen größerer Baumaßnahmen sind Schadensersatzforderungen durch Auftragnehmer anderer Teilgewerke denkbar. Diese sind zwar i. d. R. nicht direkt vom Nachprüfungsverfahren bzw. einer einstweiligen Verfügung zur Aussetzung der Zuschlagserteilung betroffen. Sie können jedoch in Folge verzögerter und damit für die Auftragnehmer kostenintensiver Auftragsausführungen Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B bzw. § 642 BGB³⁴⁰ gegenüber den Auftragnehmern geltend machen. Unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 7 VOB/B ist der Auftragnehmer sogar berechtigt, den Auftrag zu kündigen.

Imagerisiken

In Folge des gesellschaftlichen Wertewandels hinterfragen Bürgerinnen und Bürger zunehmend die Handlungen des öffentlichen Sektors. Sie wollen möglichst umfangreich beteiligt sein und mitbestimmen.³⁴¹ Im Rahmen öffentlicher Beschaffungsvorhaben lässt sich dieser Anspruch nur schwer verwirklichen. Entsprechend kritisch werden Mehrausgaben im Rahmen öffentlicher Bauprojekte gesehen. Dem öffentlichen Auftraggeber droht ein massiver Imageverlust, sofern diese Mehrausgaben auf Schadensersatzzahlungen in Folge fahrlässig oder gar vorsätzlich begangener Vergaberechtsverstöße zurückzuführen sind. Maßgeblicher Beeinflussungsfaktoren der öffentlichen Meinung sind dabei Presse und anderen Medien.³⁴²

5.3 Minimierung von Risiken

Angesichts der relativ umfassenden Rechtsschutzansprüche der Bieter auf der einen und der damit verbundenen Risiken für den öffentlichen Auftraggeber auf der anderen Seite stellt sich die Frage, was öffentliche Auftraggeber tun können, um die vorhandenen Risiken zu minimieren.

³⁴⁰ vgl. Leupertz/ von Wietersheim, Rn. 1 ff. zu § 6 Abs. 6 VOB/B.

³⁴¹ vgl. Murawski, S. 58.

³⁴² vgl. Murawski, S. 47.

Beschleunigung der Zuschlagserteilung

Im Unterschwellenbereich sind Konstellationen denkbar, in denen ein Bieter einen Vergaberechtsverstoß rügt, bevor der Zuschlag erteilt ist. Denkbar sind bspw. Fälle, in denen der Bieter die Angebotsfrist nach §§ 10 Abs. 1 VOB/A, 10 Abs. 1 VOL/A bzw. 13 Abs. 1 UVgO kurz vor deren Ablauf nicht als ausreichend rügt oder in denen er bei Anforderung der Submissionsergebnisse nach § 14a Abs. 7 VOB/A erfährt, dass sein Angebot wegen verspäteten Eingangs nicht berücksichtigt werden soll. Zwar begründet eine möglicherweise rechtswidrige Zuschlagserteilung auf das Angebot eines anderen Bieters einen Schadensersatzanspruch. Allerdings können Projektverzögerungen aufgrund gerichtlicher Auseinandersetzungen zusätzlich Schadensersatzforderungen anderer Unternehmen nach sich ziehen (s. Kap. 5.2). Der öffentliche Auftraggeber sollte daher in solchen Fällen abwägen, welches Risiko das größere darstellt und ggf. eine beschleunigte Zuschlagserteilung anstreben, bevor der rügende Bieter eine einstweilige Verfügung erwirken kann.

Organisatorische Maßnahmen

Das Problem der öffentlichen Auftraggeber, welches sich aus unübersichtlicher Rechtslage einerseits und einer oftmals geringen Personaldecke andererseits ergibt, kann bspw. durch gemeinsame Beschaffungen bzw. gemeinsame Beschaffungsstellen gelöst werden.³⁴³ Denkbar ist die Gründung interkommunaler Beschaffungsstellen auf Basis des GKZ oder die Inanspruchnahme von bereits bestehenden Dienstleistungsangeboten wie bspw. die Bündelausschreibungen der GT Service GmbH des Gemeindetags Baden-Württemberg. Darüber hinaus kommt eine Zentralisierung der Beschaffungsvorgänge in Betracht. Um einer kritischen bzw. negativen Berichterstattung vorzubeugen, sollte der öffentliche Auftraggeber der Presse- und Öffentlichkeitsarbeit einen hohen Stellenwert einräumen.

³⁴³ vgl. Baudis, S. 426.

Ausgestaltung der Projektlaufzeiten

Insbesondere was die Unterbrechung des Projektfortschritts bei Baumaßnahmen angeht, die bezüglich des Volumens dem Oberschwellenbereich zugeordnet werden, sollte der Auftraggeber soweit möglich zeitliche Puffer bei den Ablaufplänen bezüglich der einzelnen Gewerke vorsehen. Dabei sollten Teilgewerke mit großen Volumina, bei denen für die Bieter die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens lohnenswerter sein kann und/ oder eine schärfere Wettbewerbssituation gegeben ist besonders berücksichtigt werden. Denn auch bei rechtlich korrektem Vorgehen des Auftraggebers ist im Falle eines eingeleiteten Nachprüfungsantrags mit bis zu sieben Wochen Bearbeitungszeit zu rechnen. Analog gilt das auch für die Vergabeverfahren größerer Teilgewerke im Rahmen von Baumaßnahmen im Unterschwellenbereich, soweit die Anordnung eines einstweiligen Zuschlagsverbots zu befürchten ist. Für Unterschwellenvergaben gelten jedoch keine besonderen Vorschriften, insbesondere nicht zur Höchstdauer der Verfahren. Es gilt lediglich das allgemeine Beschleunigungsgebot der §§ 272 und 273 ZPO. Somit muss im Unterschwellenbereich mit längeren Verfahrensdauern gerechnet werden.

Dokumentation des Vergabeverfahrens

Der BGH entschied 2011, dass die Berücksichtigung nachgeschobener bzw. nicht im Vergabevermerk dokumentierter Argumente im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens möglich ist, sofern hierdurch die wettbewerbskonforme Erteilung des Auftrags nicht gefährdet ist.³⁴⁴ Sich darauf zu verlassen, dass im Zweifel nicht zeitnah im Vergabevermerk dokumentierten Handlungen, Überlegungen und Argumente des öffentlichen Auftraggebers im Nachprüfungsverfahren noch vorgetragen werden können, ist jedoch nicht ratsam. Zwar gilt nach § 163 GWB vor der Vergabekammer der Untersuchungsgrundsatz, dieser entbindet jedoch den öffentlichen Auftraggeber nicht von seinen Dokumentationspflichten, wie sie in allen Vorschriften zur Durchführung der Vergabeverfahren verankert sind (vgl. § 8 Abs. 1 VgV, § 8 Abs. 1 SektVO und § 20 EU VOB/A). Denn als Folge des Untersuchungsgrundsatzes fordert die

³⁴⁴ vgl. BGH, Urteil vom 08.02.2011, X ZB 4/10, Rn. 73, <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

Vergabekammer nach § 163 Abs. 2 S. 3 GWB beim öffentlichen Auftraggeber die Vergabeakten an. Diese sind nach § 163 Abs. 2 S. 4 GWB sofort vorzulegen. Die Verwendung des Begriffs „sofort“ anstelle der Formulierung „unverzüglich“, macht deutlich, dass es dabei zu keinen Verzögerungen kommen darf. Auf die Schuldhaftigkeit der Verzögerungen kommt es dabei nicht an.³⁴⁵ Im Übrigen sind die Vergabeakten im Original vorzulegen. Einerseits soll verhindert werden, dass auf den Originalen rückseitig angebrachte Informationen beim Kopiervorgang übersehen werden.³⁴⁶ Darüber hinaus soll die Echtheit von Unterschriften überprüfbar sein und eine nachträgliche Änderung erschwert werden.³⁴⁷ Da der Begriff der Vergabeakten weit auszulegen ist, muss der öffentliche Auftraggeber damit rechnen, dass die Vergabekammer sämtliche auch rein internen Dokumente sichtet, die in Bezug zum Vergabeverfahren stehen.³⁴⁸

Darüber hinaus sollte der öffentliche Auftraggeber aufgrund des bei Verfahren vor den Zivilgerichten nach §§ 282 Abs. 1 und 288 Abs. 1 ZPO geltenden Verhandlungs- bzw. Beibringungsgrundsatz auch die Dokumentationsvorschriften im Unterschwellenbereich beachten (vgl. § 20 VOL/A, § 6 Abs. 1 UVgO und § 20 Abs. 1 VOB/A). Nur wenn der öffentliche Auftraggeber selbst über alle erforderlichen Informationen verfügt, kann er die für ihn günstigen Angriffs- und Verteidigungsmittel auch rechtzeitig vorbringen. Öffentlichen Auftraggebern ist daher unabhängig davon, ob im jeweiligen Verfahren der Untersuchungs- oder der Verhandlungsgrundsatz gilt, zu einer gründlichen Vergabedokumentation zu raten.

Anwaltliche Vertretung

Zwar kann sich der öffentliche Auftraggeber unter den in Kap. 5.1 genannten Voraussetzungen selbst vertreten. Allerdings sind für einen erfolgreichen Prozess sowohl Kenntnisse im Prozessrecht als auch umfassende Kenntnisse des materiellen Rechts (vgl. Kap. 3.2 und Kap. 4.3) erforderlich. Öffentliche Auftraggeber sollten daher prüfen, ob in Anbetracht möglicher Schadensersatzansprüche nicht eine Vertretung bspw. durch einen Fachanwalt für

³⁴⁵ vgl. Kulartz, Rn. 61 zu § 163 GWB.

³⁴⁶ vgl. Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, Rn. 47 zu § 163 GWB.

³⁴⁷ vgl. Kulartz, Rn. 60 zu § 163 GWB.

³⁴⁸ vgl. Kulartz, Rn. 5 und Rn. 59 zu § 163 GWB.

Vergaberecht angezeigt ist.

6 Zusammenfassung

Die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit umfassen zum einen die Risiken des Rechtsschutzes im Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber sowie Ansätze zu deren Lösung. Zum anderen beziehen sich die Ergebnisse auf die zentralen Unterschiede des Rechtsschutzes vom Ober- zum Unterschwellenbereich. Diese äußern sich in Unterschieden bezüglich gerichtlicher Zuständigkeiten, einzelner bieterschützender Vorschriften und vor allem der Effektivität des Primärrechtsschutzes.

Risiken für Auftraggeber

Im Rahmen öffentlicher Auftragsvergaben haben Bieter Anspruch auf Primär- und Sekundärrechtsschutz. Damit einher gehen für öffentliche Auftraggeber verschiedene Risiken. Diese sind aufgrund der geringeren Effektivität des Primärrechtsschutzes bei Vergaben im Unterschwellenbereich tendenziell weniger hoch, aber dennoch vorhanden. Gerichtsverfahren und Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer in Folge begangener Vergaberechtsverstöße verursachen vor allem im Fall des Unterliegens finanzielle Kosten in Form von Gebühren, Anwaltskosten und Schadensersatzforderungen. Hinzutreten Projektverzögerungen, welche unter Umständen Schadensersatzforderungen anderer Auftragnehmer nach sich ziehen und damit weitere Kosten verursachen. Darüber hinaus sind die Gefahren einer negativen Darstellung des öffentlichen Auftraggebers in den Medien zu bedenken. Eine Minimierung dieser Risiken kann ein öffentlicher Auftraggeber bspw. durch entsprechende Projektplanung und organisatorische Maßnahmen erreichen. Er sollte außerdem eine gewissenhafte Vergabedokumentation betreiben und vor den Kosten einer anwaltlichen Beratung in gebotenen Fällen nicht zurückschrecken.

Gerichtliche Zuständigkeiten

Die Zuständigkeit für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im Wege des Sekundärrechtsschutzes liegt im Ober- wie im Unterschwellenbereich zwischenzeitlich unstreitig bei den Zivilgerichten. Im Unterschwellenbereich war die Zuständigkeit für den Primärrechtsschutz umstritten. Teilweise wurde die Zuständigkeit bei den Zivilgerichten, teilweise mit Berufung auf die 2-Stufentheorie bei den Verwaltungsgerichten gesehen. Die Zuständigkeitsfrage wurde durch eine Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2007 geklärt. Da der Staat im Rahmen seiner Beschaffungsvorhaben als privater Akteur auftritt, ist zwischenzeitlich die Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit auch für Streitigkeiten im Rahmen des Primärrechtsschutzes anerkannt. Anders stellt sich die Lage bezüglich des Primärrechtsschutzes im Oberschwellenbereich dar. In erster Instanz sind die Vergabekammern zuständig. Diese sind keine Gerichte, sondern Teil der Verwaltung. Die Bieter müssen also vor der Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen ein Verwaltungsverfahren durchlaufen. In der zweiten Instanz sind die Oberlandesgerichte und damit Zivilgerichte zuständig. Dies ergibt sich jedoch nur aufgrund der Sonderzuweisung des § 171 GWB. Zwar sind die Zuständigkeiten damit eindeutig geregelt, dennoch unterliegt der Primärrechtsschutz im Oberschwellenbereich damit verwaltungsrechtlichen Einflüssen.

Diese Konstellation führt dazu, dass in der ersten Instanz zur Erlangung von Primärrechtsschutz im Oberschwellenbereich für Bieter günstigere Bedingungen gelten. Der dort maßgebliche Untersuchungsgrundsatz erfordert weniger umfangreiche Kenntnisse des Vergaberechts als der im Unterschwellenbereich geltende Beibringungsgrundsatz. Ein weiterer Nachteil des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich besteht darin, dass im Unterschwellenbereich seitens des Gerichts keine vergaberechtlichen Fachkenntnisse gefordert sind, während bei den im Oberschwellenbereich zweitinstanzlich zuständigen Oberlandesgerichten spezielle Vergabesenate zu bilden sind.

Bieterschützende Vorschriften

Die untersuchten Vorschriften im Oberschwellenbereich erfüllen wirksam bieterschützende Zwecke. Bei Verstößen gegen die entsprechenden Vorschriften stehen den Bietern umfassende Primär- und Sekundärrechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung. Anders stellt sich die Situation der entsprechenden Vorschriften im Unterschwellenbereich dar. Grundsätzlich sollen auch sie dem Bieterschutz dienen. Aufgrund der besonderen Rechtsschutzmöglichkeiten im Oberschwellenbereich können Bieter ihre subjektiven Rechte im Oberschwellenbereich aber effektiver einfordern.

Umfang der Rechtsschutzmöglichkeiten für Bieter

Unstreitig ist, dass allen Bietern im Rahmen öffentlicher Beschaffungsvorgänge effektive Möglichkeiten zur Erlangung von Sekundärrechtsschutz offenstehen. Anders stellt sich die Lage bezüglich des Primärrechtsschutzes dar. Zum einen besteht im Bereich der Oberschwellenvergaben ein kodifizierter und effektiver Primärrechtsschutz durch die Regelungen des vierten Teils des GWB.

Unterhalb der Schwellenwerte existiert bei Vorliegen von Binnenmarktrelevanz darüber hinaus ein europarechtlicher, allerdings nicht gesondert kodifizierter Primärrechtsschutz für Bieter. Bei Vergaben mit Binnenmarktrelevanz im Unterschwellenbereich werden die Durchführung eines transparenten Verfahrens und die Möglichkeit des effektiven Rechtsschutzes gefordert. Allerdings geht die Forderung nach der Effektivität des Rechtsschutzes nicht soweit, dass eine Information der Bieter vor Zuschlagserteilung gefordert wird. Vielmehr wird es für ausreichend erachtet, wenn die Informationsvorschriften nach der VOB/A, VOL/A bzw. UVgO eingehalten werden. Außerdem darf der zur Verfügung stehende Rechtsschutz nicht nachteiliger sein als der Rechtsschutz für Ansprüche, welche auf nationales Recht gestützt werden. Insofern kann bei Vergaben mit Binnenmarktrelevanz der Primärrechtsschutz zwar auf EU-rechtliche Bestimmungen gestützt werden. Im Ergebnis ist er jedoch nicht mehr oder weniger effektiv als der Primärrechtsschutz bei anderen Unterschwellenvergaben. Da eine den §§ 134 und 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB entsprechende Regelung fehlt, wonach ein Verstoß gegen die Informationspflicht vor Zuschlagserteilung zur

Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages führt, bleibt regelmäßig nur die Möglichkeit Schadensersatz im Wege des Sekundärrechtsschutzes geltend zu machen.

Bei Unterschwellenvergaben ohne Binnenmarktrelevanz ist nach der Rechtsprechung anerkannt, dass ein Anspruch der Bieter auf Primärrechtsschutz nach dem im Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG verankerten allgemeinen Justizgewährungsanspruch i. V. m. dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG bzw. aufgrund des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses nach § 280 Abs. 1 i. V. m. § 311 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB gegeben ist. Allerdings ist auch dieser nicht gesondert kodifiziert. Es handelt sich dabei also nicht um einen vergabespezifischen, sondern einen allgemeinen Primärrechtsschutz. Folglich steht den Bietern im Unterschwellenbereich grundsätzlich der Weg zu den Zivilgerichten zur Erlangung von Primärrechtsschutz in Form einer einstweiligen Verfügung offen. Allerdings entfaltet auch der allgemeine Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich ohne Vorliegen von Binnenmarktrelevanz mangels Regelungen, die den §§ 134 und 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB entsprechen, keine Effektivität. Der Gesetzgeber hat dies mit der Einführung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 1999 und der damit verbundenen Zweiteilung des Vergaberechts jedoch bewusst in Kauf genommen.

Die bisherigen Erfahrungen aus der Praxis in Bundesländern, die zur Steigerung der Effektivität des Unterschwellenrechtsschutzes eine Informations- und Wartepflicht eingeführt haben, können die Argumente des Gesetzgebers gegen die Einführung eines effektiven vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich nicht entkräften. Die Erfahrungen aus der Praxis lassen keinen Vorteil in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung erkennen. Das Problem der Rechtsunsicherheit und der teilweise uneinheitlichen Rechtsprechung bedarf einer Lösung. Diese besteht jedoch nicht in der Einführung eines effektiven Primärrechtsschutzes. Von einem Ausbau der Effektivität des Primärrechtsschutzes oder gar der Schaffung eines eigenen vergaberechtlichen Regelungssystems bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich ist deshalb abzusehen.

Literaturverzeichnis

Ax, Thomas / Schneider, Matthias / Ottenströer, Katrin: „Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe“, 2011 (zitiert als: „Ax/ Schneider/ Ottenströer“)

Baudis, Ricarda: „Zur gemeinsamen Beschaffung öffentlicher Auftraggeber nach Maßgabe der Richtlinie 2014/24/EU und deren Umsetzung sowie ihre Grenzen“, in: „Vergaberecht“, 16. Jahrgang 2016, S. 425-434 (zitiert als: „Baudis“)

Burgi, Martin: „Vergaberecht – systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung“, 2016 (zitiert als: „Burgi“)

Burgi, Martin / Dreher, Meinrad: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, 2017 (zitiert als: „Burgi/ Dreher“)

Dieblich, Franz / von Wietersheim, Mark / Zeiss, Christopher: „Vergabe- und Vertragsrecht 2016“, 5. Auflage, 2016 (zitiert als: „Dieblich/ von Wietersheim/ Zeiss“)

Dieckmann, Martin / Scharf, Jan Peter / Wagner-Cardenal, Kerstin: „Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) – Teil A, Kommentar“, 2013 (zitiert als: „Dieckmann/ Scharf/ Wagner-Cardenal“)

Dobmann, Volker: „Das neue Vergaberecht“, 1. Auflage, 2016 (zitiert als: „Dobmann“)

Egger, Alexander: „Vergabeverfahren außerhalb der Vergabe öffentlicher Aufträge“, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.): „Kompendium des Vergaberechts“, 2013, S. 1027-1042 (zitiert als: „Egger“)

Hertwig, Stefan: „Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe“, 6. Auflage, 2016 (zitiert als: „Hertwig“)

Kapellmann, Klaus / Messerschmidt, Burkhard (Hrsg.): „VOB Teile A und B: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV), Beck'sche Kurzkommentare, Band 58, 5. Auflage, 2015 (zitiert als: „Kapellmann/Messerschmidt“)

Jansen, Martin / Geitel, Oskar Maria: „Rügen und richten außerhalb des Kartellvergaberechts – Plädoyer für einen bundeseinheitlichen Primärrechtsschutz“ in: „Vergaberecht“, 15. Jahrgang 2015, S. 117-136 (zitiert als: „Jansen/ Geitel“)

Kins, Christoph / Zimmermann, Johannes: „Die Kosten der Rüge – Zum Ersatz der im Vergabeverfahren entstandenen Anwaltskosten vor Anrufung der Vergabekammer“, in: „Vergaberecht“, 14. Jahrgang 2014, S. 641-648 (zitiert als: „Kins/ Zimmermann“)

Knauff, Matthias: „Divergenz- und EuGH-Vorlage“, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.): „Kompendium des Vergaberechts“, 2013, S. 839-852 (zitiert als: „Knauff, Divergenz- und EuGH-Vorlage“)

Knauff, Matthias: „Effektiver Vergaberechtsschutz – europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen“, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.): „Kompendium des Vergaberechts“, 2013, S. 683-703 (zitiert als: „Knauff, Effektiver Vergaberechtsschutz“)

Kulartz, Hans-Peter / Kus, Alexander / Portz, Norbert / Prieß, Hans-Joachim: „Kommentar zum GWB-Vergaberecht“, 4. Auflage, 2016 (zitiert als: „Kulartz et al.“)

Leinemann, Ralf (Hrsg.): „Die Vergabe öffentlicher Aufträge“, 6. Auflage, 2016 (zitiert als: „Leinemann“)

Leupertz, Stefan / von Wietersheim, Mark: „VOB Teile A und B, Kommentar“,

20. Auflage, 2017 (zitiert als: „Leupertz/ von Wietersheim“)

Ley, Rudolf / Wankmüller, Michael: „Die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO 2017) – Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (vormals VOL/A Abschnitt 1)“, 1. Auflage, 2017 (zitiert als: „Ley/ Wankmüller“)

Müller-Wrede, Malte: „GWB Vergaberecht, Kommentar“, 2016 (zitiert als: „Müller-Wrede, Kommentar zum GWB“)

Müller-Wrede, Malte: „Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen VOL/A, Kommentar“, 4. Auflage, 2014 (zitiert als „Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A“)

Müller-Wrede, Malte: „VgV/UVgO einschließlich VergStatVO, Kommentar“, 2017 (zitiert als: „Müller-Wrede, Kommentar zur VgV/UVgO“)

Murawski, Klaus-Peter: „Politische Steuerung im Dialog und in Netzwerken“, in: Schuster, Wolfgang / Murawski, Peter (Hrsg.); „Die regierbare Stadt“, 2. Auflage, 2010, S. 38-59 (zitiert als: „Murawski“)

Noch, Rainer: „Vergaberecht Kompakt – Handbuch für die Praxis“, 6. Auflage, 2015 (zitiert als: „Noch“)

Pötzsch, Herbert / Faiß, Konrad: „Praxis der Kommunalverwaltung Baden-Württemberg Band 9 BW – Gemeindehaushaltsverordnung für Baden-Württemberg (GemHVO)“, 2016, zuletzt abgerufen am 23.09.2017 unter:

<https://beck->

online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fges%2Fbwgemhvo%2Fcont%2Fbwgemhvo.inh.htm&anchor=Y-100-G-BWGEMHVO

(zitiert als: „Pötzsch/ Faiß“)

Pünder, Hermann: „Völkerrechtliche Vorhaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement“, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.): „Kompendium des Vergaberechts“, 2013, S. 71-99 (zitiert als: „Pünder“)

Pünder, Hermann / Schellenberg, Martin (Hrsg.): „Vergaberecht – Handkommentar“, 2. Auflage, 2015 (zitiert als: „Pünder/ Schellenberg“)

Ruthig, Josef / Storr, Stefan: „Öffentliches Wirtschaftsrecht“, 4. Auflage, 2015 (zitiert als: „Ruthig/ Storr“)

Sauer, Ralf / Hollands, Martin: „Mangelnder Rechtsschutz im Unterschwellenbereich – Verfassungsrechtliche Zweifel und politischer Handlungsbedarf“, in: „Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht“, 2006 / Heft 12, S. 763-768 (zitiert als: „Sauer/ Hollands“)

Thiele, Guido: „Zuständigkeit, Organisation, Verfahren und Entscheidung der Vergabekammern“, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.): „Kompendium des Vergaberechts“, 2013, S. 771-798 (zitiert als: „Thiele“)

Reichold, Klaus / Hüßtege, Rainer / Seiler, Christian: „Thomas/ Putzo – Kommentar zur Zivilprozessordnung“, 36. Auflage, 2015 (zitiert als: „Reichold/ Hüßtege/ Seiler“)

Wagner, Volkmar / Pfohl, Benjamin Quirin: „Vergabefremde Aspekte in den Landesvergabegesetzen – ein Überblick“, in: „Vergaberecht“, 15. Jahrgang 2015, S. 389-402 (zitiert als: „Wagner/ Pfohl“)

Wollenschläger, Ferdinand: „Primärrechtsschutz außerhalb des Anwendungsbereichs des GWBs“, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.): „Kompendium des Vergaberechts“, 2013, S. 705-734 (zitiert als: „Wollenschläger“)

Zeiss, Christopher: „Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte“, 3. Auflage, 2016 (zitiert als: „Zeiss“)

Ich versichere, dass ich diese Master-Thesis selbstständig und nur unter Verwendung der angegebenen Quellen und Hilfsmittel angefertigt habe. Mir ist bekannt, dass die schriftliche Arbeit im Verdachtsfall auf Plagiate überprüft werden kann.

Datum, Unterschrift